

IURIS DICTIO

Año 17. Febrero-Julio, 2016

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Iuris Dictio

(ISSN 1390-6402)

Publicación semestral del Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito
Quito- Ecuador

Año 17. Febrero-Julio, 2016

Editor

Luis Parraguez

Comité Editorial

Fabián Corral
Luis Parraguez
Farith Simon

Asistente editorial

Diego Falconí Trávez

Iuris Dictio [Publicación Periódica] / Revista del Colegio de Jurisprudencia
de la Universidad San Francisco de Quito.

Editor, Luis Parraguez
Año 1, No 1 (ene 2000), Quito:
Universidad San Francisco de Quito, 2000-v.

Semestral
ISSN: 1390-6402

1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas.
 2. Interpretación del Derecho . Publicaciones seriadas
- I.Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia.
II. Parraguez, Luis, ed.

LC: KHK 10 .I97

CDD: 340.05

ÍNDICE

	Pág.
Importancia de los abogados/as para el sostenimiento de la democracia.....5 Farith Simon	5
Código Ingenios y el sistema de patentes: ¿una propuesta innovadora o la receta hacia un estancamiento tecnológico?21 Sophia Espinosa Coloma	21
ADPIC y los Tratados Bilaterales de Inversión: la necesidad de encontrar una armonía en su aplicación.....51 Gabriel M. Lentner y Sheila E. Proaño	51
La Denuncia de Tratados Internacionales de Derechos Humanos.....75 Daniela Salazar Marín	75
Should We All Get Accustomed to It? The Ecuadorian Experience and Position Concerning Foreign Investment Protection Under International Law.....119 Daniel Gallegos Herrera	119
El trabajo autónomo en el Ecuador ¿está protegido?.....163 José Irigoyen	163
El régimen de estabilidad jurídica de las inversiones en Ecuador a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera.....185 Ricardo Montalvo Lara	185
El Contrato de distribución: de la atipicidad a la formalización.....207 Jaime Vintimilla Saldaña	207

Normas para la publicación de artículos en la Revista Iuris Dictio

La Revista Iuris Dictio (ISSN 1390-6402) es una publicación semestral del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, que contiene trabajos de académicos, profesionales y estudiantes, en los que se analizan temas de relevancia para el desarrollo del conocimiento jurídico.

Se encuentra indexada en Latindex y por un acuerdo con VLex la versión electrónica está disponible en 129 países.

Los trabajos que se sometan a la Revista deben ser inéditos y pueden consistir en ensayos, análisis de jurisprudencia y reseñas bibliográficas. Excepcionalmente el Comité Editorial podrá autorizar la inclusión de trabajos ya publicados, cuando considere que son de gran relevancia científica. Deberán cumplir, además, los requisitos de estilo que correspondan a cada clase de trabajo.

Tratándose de ensayos, deben tener una extensión de no menor de 10 ni mayor de 30 páginas, en formato A4, letra Times New Roman 12 puntos o Arial 11 puntos.

En el caso de las reseñas bibliográficas la extensión máxima es de 10 pp., en formato de página A4, letra Times New Roman 12 puntos o Arial 11 puntos, interlineado doble, numeración consecutiva de páginas.

El artículo debe tener un título, la referencia a la afiliación académica del autor y datos de contacto, como un correo electrónico (requisito optativo); un resumen en español e inglés de no más de 250 palabras y un sumario del artículo en español e inglés.

El envío del artículo para consideración de la Revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas aplicables para el efecto.

Los trabajos pueden ser enviados a jurisprudencia@usfq.edu.ec.

Revisión por pares

Una vez recibido el artículo el Comité Editorial realizará una evaluación inicial y de cumplirse las condiciones generales para la presentación de artículos se lo remitirá a un evaluador externo especialista en el tema que corresponda, que emitirá su informe dentro de los 30 días siguientes con alguna de las siguientes recomendaciones: publicación sin cambios, publicación con modificaciones y no publicación. La recomendación se notificará al autor.

Importancia de los abogados/as para el sostenimiento de la democracia¹

Farith Simon

Universidad San Francisco de Quito

Resumen

En esta época marcada por un posmodernismo que pone en duda todo concepto o categoría, en un contexto de relativismo conceptual cada vez más extremo, este artículo explora la contribución de los abogados/as al fortalecimiento de la democracia, del Estado de Derecho, en el marco de una transformación del mundo jurídico latinoamericano, a partir de la superación de las dictaduras en el siglo pasado, que ha devenido en una serie de reformas constitucionales que se han concretado en algunas decisiones judiciales y en la producción de una nueva y amplia literatura jurídica escrita en clave de una supuesta innovación. ¿Qué papel tenemos los profesionales en este contexto? ¿Cuáles son nuestras contribuciones? ¿Existe una relación directa entre el ejercicio de la profesión y la defensa de los derechos o de la democracia? ¿Vivimos una nueva realidad jurídica?

Abstract

In this time, in which through postmodernism every category is questioned in a context of extreme conceptual relativism, this article explores the contribution that lawyers have had in several important topics. The strengthening of democracy as well as the Rule of Law that came after the dictatorships from last century, have transformed the legal systems in Latin America. This process has allowed several constitutional reforms, which have been materialized in judicial decisions, as well as a large production of innovative legal literature. What is the role of law-related professionals in this context? Which are our main contributions as lawyers? Is there a relationship between being a lawyer and defending rights or democracy? Are we living a new judicial reality?

Palabras clave: Profesión legal / Estado constitucional / Estado de Derecho / Constitucionalismo / Pluralismo jurídico / Diversidad cultural.

Key Words

Legal Profession / Constitutional State / Rule of Law / Constitutionalism / Legal Pluralism / Cultural Diversity.

¹ Artículo recibido el 20 de abril y aceptado el 15 de junio de 2016. El artículo presente fue preparado en base a las notas de la participación del autor en la Conferencia de Internacional Bar Association "Conmemorando la Carta Magna y el Estado de Derecho", Sao Paulo, 13 de noviembre del 2015. Nota del autor.

Sumario 1. La profesión legal: una profesión instrumental **2)** Defender la diversidad y el pluralismo, pero no todas las ideas o formas de vida merecen la mis consideración **3)** No ceder a la tentación de que todo lo “nuevo” es un sinónimo de avance **4)** El compromiso de los/as miembros de la profesión legal con la democracia, en sus aspectos sustanciales y no solo en su dimensión formal **4.1.** Diferencias entre tradiciones jurídicas profesionales **4.2** Democracia formal y sustancial **4.3.** Compromiso del ejercicio jurídico con la democracia formal y sustancial.

1. La profesión legal: una profesión instrumental

Alejandro Nieto² sostiene que los abogados/as cumplimos a la perfección las reglas de Darwin sobre la adaptación de las especies: somos capaces de asumir las nuevas condiciones del entorno y seguir trabajando incluso en las circunstancias más adversas y sobrevivir. Se registra en la historia reciente del mundo occidental un solo caso en que el entorno hizo imposible el desarrollo de la profesión legal en la dimensión de su libre ejercicio o representación de intereses particulares: el socialismo de la Unión Soviética. Allí los abogados/as fueron “engullidos/as” (por seguir con las analogías provenientes de la biología) por un inmenso aparato institucional que los transformó en funcionarios/as al servicio del régimen.

Esta idea de la “adaptación” se constituye a partir de un hecho evidente (aunque extensamente negado por la versión prusiana³ de la profesión jurídica, presente en Latinoamérica⁴): los abogados y abogadas representan intereses, los de sus clientes, que se esperaría coincidan siempre con la legalidad o nuestro sentimiento de lo justo. Sin embargo, muchos profesionales aceptan, o usando la terminología anterior, se adaptan, a proyectos políticos claramente autoritarios, que en el siglo XXI, en algunos países de América Latina, han asumido formas supuestamente “democráticas” al tener su origen en elecciones generales; pero que una vez en el poder, a través del uso del discurso de la “refundación” del Estado, de aquel de ser una alternativa al neoliberalismo u otro, más general, de superación de problemas reales (como la entrega del Estado a intereses particulares o la poca eficiencia del

² Nieto, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, p. 228.

³ Por poner un ejemplo: “Un edicto de Federico el Grande de 14 de abril de 1780 dice que los Abogados hacen interminables los pleitos porque cumple así á(sic) sus intereses y, oscureciendo los hechos, dificultan la recta administración de la justicia: fundado en estas razones, ordena que serán pagados de un fondo comun (sic) y que su mision (sic) se concretará á analizar los hechos y servir de asesores á los magistrados, de modo que en cuanto al hecho ayudan al Juez; por lo que al Derecho respecta son los defensores de la parte; a fuer(sic) de servidores de la verdad, no deben embrollar los procedimientos, ni alargarlos arbitrariamente; si otra cosa hicieren incurren en las pena de degradación, de prisión y de reclusión. Dióseles (sic) en este edicto el nombre de *Consejeros asistentes*, institucion (sic) que duró poco tiempo y fué (sic) reemplazada por los de los Comisarios de justicia, nueva organización que, aunque más liberal, no quitó á los Abogados su carácter de empleados del Gobierno, pero concedió á la parte la facultad de elegir su defensor y á éste el derecho de hacerse remunerar por su cliente”. Sociedad de Legislación Comparada de París, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Año vigésimosegundo, Tomo XLV, Madrid, 1874, pp. 348 y 349.

⁴ En el Ecuador el artículo 323 del Código Orgánico de la Función Judicial reza: “LA ABOGACÍA COMO FUNCIÓN SOCIAL.-La abogacía es una función social al servicio de la justicia y el derecho. Es garantía fundamental que toda persona ser patrocinada por un abogado de su libre elección”. En la misma ley al referirse a los deberes del abogado en el patrocinio de una causa se dice (art. 330.1) “Actuar al servicio de la justicia y para este objeto colaborar con los jueces y tribunales”.

aparataje estatal) alimentan sistemas de reparto de favores o de carácter clientelar,⁵ que terminan promoviendo la corrupción. Justamente, las reformas constitucionales amplias de ciertos procesos políticos recientes de América Latina han servido de base para la configuración de proyectos antidemocráticos y tendencialmente autoritarios que vulneran varios supuestos fundamentales, a partir de una retórica simplista. La independencia de las funciones y los poderes del Estado se supera cuando se dice que el sistema de pesos y contrapesos es una “innovación burguesa”; se restringen las libertades más básicas usando el discurso de la libertad como igualdad de resultados y no como autonomía subjetiva; se diseñan instituciones que se ponen al servicio de un Estado al que, incluso, se le llegan a atribuir derechos básicos.

Servido el contexto, la profesión legal es esencialmente de carácter instrumental y por ello puede ser puesta al servicio de la obtención de los objetivos más sublimes o más abyectos, algunos de estos últimos “encubiertos” en nociones de éxito, eficacia profesional o en discursos aparentemente democráticos o de protección y garantía de derechos. No obstante, el que los abogados/as se comprometan con los valores de una sociedad democrática o su fortalecimiento es un deber ser, una expectativa compartida por muchas personas, dentro y fuera de la profesión.

Justamente, a partir de estas complejas y contradictorias ideas examinaré la relación entre profesión legal y fortalecimiento de la democracia usando tres ideas interrelacionadas en un contexto de cambio permanente: 1) la defensa la diversidad y el pluralismo, aunque puntualizando que no todas las ideas o formas de vida merecen la mis consideración; 2) el imperativo de no ceder a la tentación de que todo lo “nuevo” es un sinónimo de avance; y 3) la idea de que el compromiso con la democracia de los miembros de la profesión legal debe tomar sus aspectos sustanciales y no únicamente su dimensión formal.

2. Defender la diversidad y el pluralismo, pero no todas las ideas o formas de vida merecen la mis consideración⁶

El posmodernismo y su escepticismo ético han llevado a profundizar la idea de que toda forma de convivencia humana debe ser respetada. Se presenta, así, constantemente una pregunta: ¿cómo podríamos enjuiciar las prácticas de otros/as como adecuadas o inadecuadas sino usamos algún modelo considerado óptimo o ideal? En efecto, pareciera que cualquier cuestionamiento de la alteridad implicaría una suerte de “poscolonialismo” valorativo que rompería con la propia idea de democracia y diversidad.

En buena medida, este difundido escepticismo ha hecho que el valor universal de los derechos humanos se ponga en duda, lo cual ha provocado el debilitamiento de la retórica y la práctica jurídica, abriendo las puertas a una actitud de relativismo en el que todo parece tener el mismo valor, tal como sostiene Ernesto Garzón Valdez:

⁵ Pérez Perdomo, Rogelio, “Venezuela: Derecho en una democracia renqueante”, *Culturas Jurídicas Latina de Europa y América en tiempos de Globalización*, UNAM, México D.F., 2003, p. 709.

⁶ Tomo esta idea de Ernesto Garzón Valdés a quién citaré varias veces en este ensayo.

Una mala defensa de la democracia es la que aduce en su favor la vigencia incontrolada del pluralismo valorativo y que ha dado lugar a malos entendidos y falsos ataques como los lanzados por los Critical Legal Studies en contra del rule of law y del Estado de derecho.⁷

Esta aseveración no trata de abogar por alguna forma de absolutismo ético. Sin embargo es indispensable reafirmar la importancia de los derechos humanos y su universalidad (su defensa, garantía y promoción) como una condición necesaria para calificar a una sociedad como democrática.

En este sentido, no podemos perder de vista, como advierte Alain Supoít,⁸ que es indiscutible que a los derechos humanos se les asigna un carácter dogmático y que su origen es claramente occidental, pero esto no resta su importancia y la necesidad de buscar su vigencia como referente central de la convivencia humana de modo más amplio.

Por ejemplo, en 1947, un grupo de la Asociación de Antropólogos Americanos, propuso que en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se incluyera una cláusula en que se dijese que la persona es libre “sólo cuando vive como su sociedad define la libertad”.⁹ Esta petición fue negada porque dicha disposición convertiría a los derechos en inútiles. Efectivamente, ser demócrata y aceptar el pluralismo no significa dejar de lado la defensa de la universalidad de los derechos humanos. En realidad, la idea del aislacionismo moral (en otras palabras, que deba abandonarse cualquier consideración prescriptiva universal) no es compatible con una sociedad basada en los derechos humanos, pues del simple hecho que “existan diversas culturas no es posible inferir sin más que se deba respeto de las respectivas normas morales de cada cultura ni que esta diversidad sea valiosa”.¹⁰ Por el contrario, y para rebatir propuestas en exceso relativistas, desde la génesis de los derechos humanos se encuentra la dicotomía entre:

[...] dos proposiciones centrales: el derecho a la autodefensa y la prohibición de dañar arbitraria o innecesariamente a sus semejantes [...]. Si se toman en cuenta estos dos principios, que apuntan a necesidades universales de toda sociedad, no cuesta mucho inferir un buen catálogo de derechos humanos, también universales, formulables desde [una] posición de imparcialidad”.¹¹

3. No ceder a la tentación de que todo lo “nuevo” es un sinónimo de avance
En los últimos años en América Latina se han producido una serie de transformaciones normativas e institucionales, muchas de las cuales han sido difundidas como formas de superación de los grandes males que muchos de nuestros países

7 Garzón Valdés, Ernesto, “Diez mandamientos para la vida universitaria”, *Revista Isonomía*, No. 9, octubre 1998, p. 55.

8 Supoít, Alain, *Homo jurídicos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2007, p. 244.

9 Lukes, Steven, *Relativismo moral*, Paidós, Madrid, 2011, p. 64.

10 Garzón Valdés, Ernesto, “Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural”, *Claves de la Razón Práctica*, No. 74, Julio-Agosto, 1997, p. 13.

11 *Ibidem*, p. 14.

han enfrentado, tales como el autoritarismo, la corrupción, la inestabilidad, la inseguridad, la exclusión. Muchas de esas innovaciones han recibido importantes adhesiones y amplio apoyo por su novedad, sin muchas veces detenerse a establecer el verdadero impacto de sus proyectos en el fortalecimiento de los derechos y la democracia.

A partir de la superación de las dictaduras en el siglo pasado se realizaron varias reformas constitucionales que se han concretado en algunas decisiones judiciales y en la producción de una nueva y amplia literatura jurídica escrita en clave de una supuesta innovación. Sin embargo no existe acuerdo en relación al alcance y características de esa reforma. Se pueden identificar tres tendencias al respecto. La primera que sostiene la aparición de un nuevo constitucionalismo latinoamericano; una segunda que niega ese nuevo constitucionalismo pero que acepta que existen varios cambios vinculados con los derechos; y la tercera, que también rechazando la existencia de un nuevo constitucionalismo defiende, no obstante, la existencia de un *Ius Constitutionale Commune* transformador.

La primera tendencia que afirma la existencia de un nuevo constitucionalismo latinoamericano,¹² tiene como características principales, además de los aspectos

¹² En algunos casos se habla de neoconstitucionalismo y sin embargo algunos autores consideran que es un fenómeno diferente al nuevo constitucionalismo latinoamericano. El neoconstitucionalismo pretende sin ruptura, alejarse del positivismo teórico y convertir al *Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho*. Se entiende que la constitución es una norma jurídica superior que condiciona a todo el ordenamiento y no puede ser modificada por el legislador ordinario; son los principios, y no las reglas, los que ordenan el contenido de todos los actos del poder público, produciendo así una ruptura con el positivismo, esto a partir del reconocimiento de un amplio catálogo de derechos. Sin embargo para Viciano Pastor y Martínez Dalmau la diferencia central es que el neoconstitucionalismo es resultado de un proceso de reflexión académica, en tanto que el nuevo constitucionalismo latinoamericano sería “un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos sociales que de planteamientos teóricos coherentemente armados”. Viciano Pastor, Roberto; Martínez Dalmau Rubén, “Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Gaceta Constitucional*, No. 48, diciembre 2011, p. 7. Los autores han trabajado otros textos útiles en este sentido: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *Revista General de Derecho Público comparado*, No. 9, 2011; “El nuevo constitucionalismo en América Latina, Memorias del encuentro internacional”, *El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*, Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Quito, 2010; “La Constitución democrática entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *Debates constitucionales en nuestra América: enfoques y tendencias*, ILSA, Bogotá, 2014. También existe una propuesta de identificar a las constituciones de Ecuador y Bolivia como representantes de lo que han denominado “Constitucionalismo andino” o “Neoconstitucionalismo Andino transformador”, a propósito de este tema se puede revisar el trabajo de Ramiro Avila “El Neoconstitucionalismo Andino”, UASB, Quito, 2016; en este trabajo se proponen dos elementos para caracterizarla “neoconstitucionalismo andino transformador”, que se nutre –según él– de las reivindicaciones sociales y que se convierten en conquistas jurídicas, muchas como que afirma han aparecido en primer lugar en el mundo andino, particularmente en Bolivia y Ecuador, aunque asigna algún papel a la jurisprudencia peruana y colombiana. En todo caso define neoconstitucionalismo como “la teoría de los derechos fundamentales puesto en el centro de la teoría del derecho y el estado” (p. 38), que considera supera a una noción civilista en la que se da centralidad a “la ley, de la propiedad, del mercado, de la autonomía de la voluntad, del derecho subjetivo, del estado, del orden público, de los principios generales, de la civilización del progreso”, sino que “debe construirse a partir de las personas y colectividades y sus derechos” (p.38). Al neoconstitucionalismo, dice el autor, hay que añadirle la palabra “transformador” porque afirma “...pretende alterar la realidad, que es la exclusión, marginalidad y discriminación, y la transformación de un sistema y una forma de vida ‘colonizada’ a una de emancipación de las grandes mayorías de la población, que no pueden ejercer sus derechos y que el estado les ofrece políticas paternalistas o simplemente represión penal” (p. 39), incluso llega a afirmar que este es un nuevo paradigma emergente con “potencial liberador sin precedentes en la historia del derecho”.

materiales que serían comunes al llamado neoconstitucionalismo,¹³ el hecho de que se establece un vínculo directo entre democracia y nuevo constitucionalismo, desde la legitimidad proveniente del amplio apoyo social que arrojaron estas reformas¹⁴ y que, en cambio, no tuvieron las reformas constitucionales previas. Así, el sustento de las reformas constitucionales recae en el poder constituyente popular.¹⁵ En tal virtud, sus defensores/as lo describen como un “constitucionalismo comprometido” que busca “avanzar por el camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos”.¹⁶ Además, vale comentar que se caracteriza a este grupo de constituciones desde conceptos que valoran su carácter original, amplio, complejo y rígido.¹⁷

La segunda tendencia, por el contrario, niega la existencia de ese nuevo constitucionalismo latinoamericano y afirma que tiene “poco de nuevo”. Aunque pueden encontrarse avances importantes en el reconocimiento de derechos (por ejemplo, su amplitud), se aduce que estos quedan limitados o restringidos por las normas que reproducen una institucionalidad proveniente del siglo XIX. Así, se reproduce una organización del poder (híper-presidencialista) que permite la concentración, sin alternativas institucionales que permitan un balance adecuado de esos poderes, pese a que se diseñaron nuevas instituciones o se afirmó que ampliar la participación popular era el medio adecuado para limitar esos poderes exacerbados.¹⁸ De

13 En lo material estarían caracterizadas por una democracia participativa como forma de control del poder y legitimidad del mismo; profusas cartas de derechos, individualización y colectivización de derechos, máxima efectividad de los derechos sociales, normas de interpretación, integración de grupos excluidos; nuevas formas de control concentrado de la constitucionalidad (o mixtos), como reafirmación del carácter normativo y superior de la Constitución; y, con una importante regulación en el campo económico con reconocimiento del papel del Estado en esta materia. Viciano, Roberto; Martínez Dalmau Rubén, “Aspectos generales”, p. 37.

14 Alejandro Medici afirma que “las nuevas constituciones [Bolivia, Venezuela y Ecuador] son producto de procesos de democratización radical, expresivas de una voluntad descolonizadora”. La opción descolonial es “entendida como la perspectiva crítica que pretende llamar la atención sobre las continuidades históricas entre tiempos coloniales y poscoloniales; mostrar que las relaciones coloniales de poder van más allá del dominio económico-político y jurídico-administrativo y se afirman también en una dimensión epistémica, cultural, a partir de la cual se asigna superioridad cognoscitiva a los enunciados de regiones ‘centrales’ del sistema/mundo [...]. Colonialidad del poder que se identifica en la historia de desigualdades sociales y formas de opresión socioeconómica y cultural propias de una sociedad poscolonial, es decir, formalmente, desde lo jurídico, ‘moderna’, pero fácticamente opresora”. Medici, Alejandro, “Nuevo constitucionalismo Latinoamericano y giro descolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico”, *Debates constitucionales en nuestra América: enfoques y tendencias*, ILSA, Bogotá, 2014, p. .

15 Un elemento común en los tres países que se consideran parte de ese nuevo constitucionalismo, Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). No se consideran, en cambio, parte de este proceso, por su carencia de legitimidad democrática al guatemalteco de 1985, al brasileño de 1988, al colombiano de 1991 (que se le asigna muchas características del nuevo constitucionalismo), al peruano de 1993, y a las reformas argentinas de 1994. Sin embargo, en los tres países que se considera ejemplo del nuevo constitucionalismo se han promovido reformas constitucionales permanentes para favorecer el proyecto político coyuntural. En los tres casos se permite la reelección indefinida. En Venezuela se aprobó inicialmente en la Constitución, en el Ecuador esta reforma se encuentra en proceso de aprobación por medio de una enmienda constitucional a cargo de la Asamblea Nacional y en el caso de Bolivia esta posibilidad se abre por una decisión del Tribunal Constitucional.

16 Viciano Pastor Roberto; Martínez Dalmau Rubén “Fundamentos teóricos y prácticos”, p. 313.

17 “[L]a ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional(rigidez)”. *Ibidem*. p. 322.

18 Las principales críticas al supuesto nuevo constitucionalismo, por las deficiencias al estructurar el poder, se encuentran en

hecho, de acuerdo a los escépticos/as, la creación de esas nuevas estructuras institucionales contribuyeron al debilitamiento del poder legislativo (debido al control político), de las instancias de revisión administrativa financiera (por el control de cuentas) y del judicial (a través de la injerencia en la decisiones de los jueces, o por medio de cortes constitucionales con atribuciones para revisar decisiones de esas altas cortes).¹⁹

La tercera tendencia afirma que en América Latina existe un *Ius Constitutionale Commune* transformador²⁰ y no un nuevo constitucionalismo, que se desarrollaría a partir del rechazo de las ideologías constitucionales tradicionales presentes históricamente en la región: conservadurismo, liberalismo y radicalismo.²¹ El *Ius Constitutionale Commune*²² es una búsqueda regional de la inclusión social que busca poner fin a la exclusión económica, social, cultural en que viven grupos significativos de la población. Dos son los elementos que le dan unidad: 1) la incorporación en los ordenamientos jurídicos de las normas de derechos humanos provenientes del derecho internacional; en particular de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la interpretación que de estas hace la Corte Interamericana; y, 2) la elaboración de un derecho comparado común que se crea a partir de ciertas pautas compartidas. De esta manera, lo que se busca es “garantizar a escala regional la realización de las promesas centrales de las constituciones estatales”, reconociendo la débil normatividad de las disposiciones que reconocen derechos sociales.²³

Este postulado regional se consigue a partir de la convivencia de tres principios fundamentales: derechos humanos, democracia y Estado de derecho. En el caso de los derechos se dice que se caracterizan por la “indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, en particular de los derechos civiles respecto de los sociales... así el derecho y los tribunales deberían estar al servicio de los grupos sociales marginalizados”,²⁴ con énfasis en la dimensión colectiva de los derechos fundamentales.

los trabajos de Gargarella, Roberto. Cfr. “El constitucionalismo latinoamericano y la ‘sala de máquinas’ de la constitución (1980-2010)”, *Gaceta Constitucional No. 48*, diciembre 2011. En cuanto material divulgativo del mismo autor vale la pena revisar la columna “Nuevo constitucionalismo latinoamericano” publicado en el diario El País el 20 de agosto del 2014, http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html

19 El ejemplo extremo de este proceso de debilitamiento se puede encontrar en el llamado “Poder Ciudadano” y su “Consejo Moral Republicano en Venezuela; la “Función de Transparencia y Control Social” y su “Consejo de Participación Ciudadana y Control Social” en el Ecuador; y, “Participación y Control Social

20 Esto es parte de un proceso de intercambio académico entre el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional y expertos latinoamericanos, en el libro “*Ius Constitutionale Commune*” en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, coordinado por von Bogdandy, Armin (et. al).

21 En esto siguen a Gargarella en su propuesta contenida en *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford, 2013, pp. 197 y sgts.

22 Voy a seguir la caracterización que hace Armin Von Bogdandy en su artículo “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado (Nueva Serie)*, No. 34, enero-junio 2015, pp. 1-50.

23 *Ibidem*, p. 15.

24 *Ibidem*, p. 19.

Por ello, los defensores/as de esta línea, en cuanto al requisito de la democracia, cuestionan el (hiper)presidencialismo mostrado por ciertos Estados²⁵ ya que “obstaculiza otros aspectos importantes del gobierno democrático: la representación parlamentaria, la deliberación, así como la separación de poderes y el reparto de las competencias”;²⁶ quedándose principalmente en “la representatividad y la deliberación, con el fin de fortalecer la institucionalidad”.²⁷ Así, si bien quienes argumentan a favor de esta línea valoran la contribución de la justicia en el desarrollo de derechos relevantes, sin embargo advierten de peligrosos usos de este sistema de justicia en ciertos contextos, como por ejemplo en Venezuela y Ecuador.

En adición, se puede ver que estos estudiosos/as destacan una “internacionalización del derecho constitucional” y una “constitucionalización del derecho internacional” pues se da una apertura al derecho internacional público, en particular debido a la creación de un corpus iuris de derechos humanos²⁸ y la introducción del denominado del control constitucional. Finalmente mencionan, como central en la propuesta, un “pluralismo dialógico” que designa una “modalidad de interacción social para la resolución de conflictos”; lo que implica la “inclusión de la población indígena y afrodescendiente, es decir, darles espacio en las instituciones estatales y reconocer que son grupos con valores e intereses específicos”.²⁹ Aunque en realidad el fenómeno ha sido inverso pues, por ejemplo, ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha ido forzando la incorporación a nivel local de la mayoría de esos conceptos; es decir no existe tal “diálogo” como se querido ver con demasiado optimismo.

4. El compromiso de los/as miembros de la profesión legal con la democracia, en sus aspectos sustanciales y no solo en su dimensión formal

4.1. Diferencias entre tradiciones jurídicas profesionales

A los abogados y abogadas, en la versión prusiana de la profesión, se nos asigna el papel de auxiliares de la justicia o del Derecho.³⁰ En la visión anglosajona, que tiene en la actualidad una amplia repercusión, el abogado/a representa intereses y recae sobre él o ella la expectativa de que los realice dentro de los límites normativos (los

²⁵ Al respecto se puede leer de Roberto Gargarella, “La ‘sala de máquinas’ de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo”, *Revista Nueva Sociedad*, No. 258, Julio-Agosto 2015, pp. 96-106.

²⁶ Von Bogdandy, Armin, *Ius Constitutionale Commune*, p. 20.

²⁷ *Ibidem* p. 21.

²⁸ *Ibidem*, p. 31.

²⁹ *Ibidem*, p. 33.

³⁰ Es abundante la literatura que asigna ese papel a los abogados. En muchos países se encuentra normado: el artículo 323 del Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador (vigente desde el 2009) establece “La abogacía es una función social al servicio de la justicia y del derecho...”. Desde la perspectiva de los mismos abogados esto es mirado así, por ejemplo el primer artículo del Código de Ética profesional “Avellan Ferres”, aprobado por la Federación Nacional de Abogados del Ecuador en 1969 (y vigente hasta el momento) en su artículo 1 establece “El Abogado es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración...”. El “Decálogo del Abogado” de Eduardo Couture, ampliamente difundido dice “Trabaja. La abogacía es una dura fatiga pues está al servicio de la Justicia”. El art. 2 del Código de Ética e disciplina de OAB “O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce”.

que se espera correspondan con los derechos). Así, en nuestro contexto profesional se asigna un deber ser que en muchas ocasiones, más de las que nos gustaría, no se corresponde con la realidad de la práctica profesional.

La existencia de una sociedad democrática que ipso facto se asocia con un Estado de derecho, no implica solamente la primacía de las normas por sobre las personas, sino que cada grupo social puede satisfacer sus derechos más allá de sectarismos. Para los empresarios, o quienes hacen negocios, la democracia bajo un Estado de derecho se concretaría, por ejemplo, a través de “reglas estables, predecibilidad de las conductas de los funcionarios, existencia de jueces honestos y eficiencia en la ejecución de los contratos”.³¹ Sin embargo, dicho entorno legal podría existir perfectamente en un contexto autoritario,³² pues el Estado de derecho es el sometimiento de todas las personas a las normas, pero no implica el reconocimiento de derechos, la real división de poderes, la independencia de la justicia o la realización de elecciones periódicas, transparentes, etc. Cosa que sí sucede con el concepto rule of law. Cuestión que debe considerarse para el ejercicio profesional de la abogacía.

4.2. Democracia formal y sustancial

No se puede entender la democracia únicamente en su dimensión formal o procedimental. Para asegurar un gobierno de las mayorías existen también los límites a ese poder. Así, el “juego democrático” va mucho más allá de procedimientos de elección, e implica una serie de limitaciones a los ámbitos de decisión de las mayorías y el establecimiento claro de los objetivos que todo Estado democrático debe alcanzar. En suma: el votar, la realización de elecciones periódicas y las reglas a favor de la mayoría son condiciones necesarias pero no suficientes para juzgar a una sociedad como democrática.

Además de las condiciones institucionales (tales como la separación e independencia de los poderes) una democracia debe ser evaluada en relación a los derechos. No me refiero a la solamente a la dimensión política/procesal sino a aquella valorativa (que desde luego se espera se encuentre normativamente expresada) y que pone en correlación el respeto a las reglas constitucionales, los derechos de las minorías, los derechos de los individuos, al reconocimiento de la pluralidad, etc. La democracia, en consecuencia, como forma de gobierno puede ser enjuiciada en dos dimensiones, una formal y una material.

En su dimensión formal la democracia implica una organización institucional y condiciones que aseguren que las decisiones se tomen efectivamente por parte de las

31 Pérez Perdomo, Rogelio; Friedman, Lawrence, *Introducción*, publicado en *Culturas Jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de Globalización*, UNAM, México D.F., 2003, p. 21.

32 Joseph Raz considera que el Estado de derecho “al favorecer la predictibilidad, la transparencia, la generalidad y la imparcialidad, y otorgar integridad a la aplicación de la ley, el Estado de derecho se convierte en la antítesis del poder arbitrario”. Raz, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Nueva York, 1979, p. 19. Aquí suele fortalecerse el papel de los abogados *lobistas*, con contactos en el poder y con capacidad de influir en las decisiones políticas. En general en contextos autoritarios, o de corrupción, la personas tienden a elegir a sus abogados por su capacidad de gestión ante las autoridades, más que su capacidad académica, profesional, en el manejo de casos. Esta y todas las traducciones son del autor.

mayorías. Así, la legitimidad de las decisiones se sustenta en la forma en que estas se producen, lo cual implica la subordinación del Derecho a las decisiones políticas³³ y propone una concepción mínima que pone su acento en el modo en que se toman “decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo del consenso y el mínimo de violencia”.³⁴ Mientras se cumplan ciertas reglas, a decir: la selección periódica de los dirigentes, el uso de mecanismos destinados para evitar que estos se perpetúen en el poder; y, la decisión por parte de las mayorías,³⁵ la formalidad de la democracia está bastante garantizado.

Lo enumerado implica entender cómo y quién decide sin embargo no establece el qué puede se puede o no decidir. Por ello se considera que existe una dimensión sustancial de la democracia que se refiere al qué se decide, que es el punto radical que busco subrayar en este artículo. Alguien formado en el contexto anglosajón relaciona inmediatamente el Rule of Law con la separación de poderes y el respeto a los derechos y libertades. Sin embargo en el contexto del derecho continental, Estado de derecho y democracia formal no tienen una relación unívoca con los derechos. Es por ello que se considera que el nuevo paradigma que subsana este fallo es el del Estado constitucional de derecho: el garantismo, concebido como un “modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos poderes y los vínculos impuestos de estos garantías los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales”.³⁶ Esto tiene como consecuencia que todos los poderes del Estado tienen como límite de sus decisiones a los derechos. Además de estar obligados a asegurarlos. Aparece una pregunta inevitable: ¿cuáles derechos? Y la respuesta es: todos, a partir de la noción de integralidad e interdependencia.

Partiendo desde esta perspectiva, contribuir a la democracia regional implicaría un compromiso con cómo y quién decide; una organización institucional que asegure un balance de poderes. Pero también con lo que se decide. Así, todos los poderes estarían obligados a respetar (una perspectiva negativa) y garantizar (una perspectiva positiva) todos los derechos. Cabe recalcar que la democracia formal es un presupuesto indispensable de la democracia sustancial, pero en ningún caso suficiente. En sociedades donde la democracia es una realización incompleta todas las personas estamos expuestas al autoritarismo o a la anarquía.

33 Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p.

34 Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 459.

35 El mismo Bobbio enumera lo que considera los “procedimientos universales” de la democracia: 1) todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, religión, condición económica y sexo, deben disfrutar de los derechos políticos, es decir, cada uno debe disfrutar del derecho de expresar la propia opinión y de elegir a quien la exprese por él; 2) el voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso; 3) todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para poder votar según la propia opinión, formada lo más libremente posible, es una competición libre entre grupos políticos organizados, en concurrencia entre ellos; 4) deben ser libres también en ese sentido de que deben ser puestos en la condición de elegir entre soluciones diversas, es decir, entre partidos que tengan programas diversos; 5) tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere electa o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos; ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones”. *Ibidem*, p. 460.

36 Luigi Ferrajoli, *La democracia a través*, p. 29.

4.3. Compromiso del ejercicio jurídico con la democracia formal y sustancial

Al inicio de este artículo hice una referencia al jurista español Alejandro Nieto y su afirmación de que los miembros de la profesión legal tenemos la capacidad de sobrevivir adaptándonos a las nuevas circunstancias. Yo añado que dicha adaptación se da a menudo aceptando condiciones institucionales y políticas abiertamente contrarias a valores mínimos de la sociedad actual que permitirían un marco de seguridad democrática para el cumplimiento de los proyectos de vida más diversos. De hecho, existen muchas evidencias de la facilidad con que la mayoría de los miembros de la profesión legal se adaptan el ejercicio de la profesión en condiciones abiertamente antidemocráticas; baste mirar los ejemplos en la dictaduras chilenas, argentinas, brasileñas, uruguayas, paraguayas, ecuatorianas, peruanas, etc., de la década de los setentas y ochentas del siglo pasado.³⁷ La verdad es que parece ser que en un Estado de derecho democrático “la frecuencia de las disputas interpersonales se reduce, con lo que la litigiosidad general declina”³⁸ haciendo que abogados/as tengan menos trabajo, al menos en la vertiente del litigio. Así la evidencia muestra que durante las dictaduras, en general, la profesión jurídica se debilita.³⁹

Por ello, en contextos autoritarios y poco democráticos, la profesión legal a menudo se ejerce a partir de la capacidad de influencia y de relación cercana con el poder. La elección de un abogado/a (o una firma de abogados) se suele hacer a partir de esos criterios⁴⁰ y no los de capacidad y conocimiento. Así, se benefician solamente unos pocos profesionales que tienen acceso a los niveles de influencia, que además se encuentran sujetos siempre a la posibilidad de que alguien con mayores influencias y poder lo desplace u obtenga beneficios mayores para los intereses que se representan. Muchos profesionales del derecho se convierten en “gestores de corrupción” o lobistas frente al poder. Así, las nuevas condiciones no tienen relación con la capacidad, la preparación o la justicia del caso, sino simplemente con las redes y contactos que se puedan lograr.

En un contexto como el descrito es de esperar que la mayoría busque maximizar la ventaja inmediata, asumiendo que los demás actuarán de la misma forma,⁴¹ llegando a una situación que Carlos Nino calificó como “anomia boba”:

37 Como ejemplo se puede consultar el trabajo de Fuenzalida Faivovich, Edmundo, “Derecho y cultura jurídica en Chile (1974-1999)”. *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Héctor Fix-Fierro et. Al. (eds), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 205. En este mismo trabajo se da cuenta de la importancia que tuvieron muchos abogados/as en la defensa de los derechos humanos por medio de la asesoría en la Vicaría de la Solidaridad o por medio de la conformación del llamado “Grupo de los 24”, p. 227. Además muchos de los abogados/as “reformistas” fueron exiliados o asesinados.

38 Bergoglio, María Inés, “Argentina: efectos de la institucionalización”, *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Héctor Fix-Fierro et. Al. (eds), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 104.

39 Desalay, Ives; Garth, Bryant, “Patrones de inversión jurídica extranjera: los casos de Brasil, Chile, México y Argentina”, *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Héctor Fix-Fierro et. Al. (eds), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 733.

40 Nieto lo llama “corredores de influencia y gestores de corrupción”. Nieto, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, p. 238.

41 Cfr. Putnam, Robert, *Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton, Princeton University Press, 1993.

[U]na acción colectiva es anómica, en el sentido de ilegalidad “boba” que aquí nos interesa, si ella es menos eficiente que cualquier otra que se podría dar en la misma situación colectiva y en la que se observara una cierta norma. [...] Hay anomia boba sólo cuando la acción colectiva en cuestión se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación.⁴²

En un contexto así todas las personas se convierten en vulnerables y alguien logrará más poder, más recursos o mayor capacidad de influencia, etc. Además de abrir las puertas a la anarquía o al autoritarismo, muchos abogados/as podrán sacar provecho de esto y lograrán sobrevivir como lo han hecho en el pasado. En el fondo de esta reflexión aparece que no es una condición suficiente para ejercer la abogacía ser honesto, comprometerse con los valores sustanciales de la democracia o con los derechos humanos y es allí donde debe plantearse una crítica.

Los abogados/as tenemos una influencia relevante en la formación de lo público, además del impacto que tenemos con nuestra actuación en la asesoría caso a caso. Muchas veces nuestro rol es determinante en la formación de las políticas públicas.⁴³ Tan es así que en numerosos casos somos quienes las diseñamos o -en la mayoría de ocasiones- asesoramos a quien las define.⁴⁴ Asimismo, bajo nuestra responsabilidad informamos lo que consideramos posible o prohibido y ayudamos a interpretar el alcance de la permisiones y prohibiciones, su compatibilidad o incompatibilidad con los “valores” más importantes del sistema jurídico, que en último caso son los más relevantes de la vida social y política de un Estado.

¿En un contexto de defensa de sociedades plurales, ¿es posible defender algunos de esos “valores” como determinantes al optar por ellos y comprometernos con su vigencia? La respuesta es, para mí, un rotundo sí.

Los miembros/as de la profesión jurídica nos beneficiamos de la democracia cuando en esta se encuentran presentes sus aspectos formales y sustanciales, pero también nosotros tenemos un rol fundamental en el fortalecimiento de la democracia porque existe una relación simbiótica entre la democracia y un mejor trabajo jurídico que rompe con la anomia boba.

42 Nino, Carlos S., *Un País al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005, p. 39

43 A propósito del nexo de la profesión legal con las políticas públicas es muy valioso el artículo publicado de Lasswell, Harold D.; McDougal, Myres S. “Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest”, *The Yale Law Journal*, volumen 52, marzo de 1943, pp. 202-295. Existe una versión resumida y traducida al español por Martín F. Böhmer “Enseñanza del derecho y políticas públicas: entrenamiento profesional para el interés público”, publicado en “La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía”, Martín F. Böhmer (compilador), Gedisa-Yale Law School y Universidad de Palermo, Barcelona, 1999, pp. 73-97.

44 “Al medir la influencia de los abogados se debe recordar además que ésta no se debe buscar en las ocasiones más espectaculares de su práctica profesional, tales como la redacción de una Constitución o de leyes generales, sino más bien en el efecto acumulado de muchas miles de descripciones de hechos o en las opiniones que los abogados brindan día a día en forma rutinaria”, *Ibidem*, p. 76.

El compromiso de los abogados/as con los valores democráticos, con el Estado de derecho y con los derechos humanos es fundamental. En consecuencia, no toda forma de ejercer la profesión es aceptable sobre todo porque existe una relación simbiótica permanente y de mutuo interés: los abogados/as somos buenos para la democracia y la democracia es buena para el ejercicio de la profesión jurídica.

Bibliografía

Ávila, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo Andino*, UASB, Quito, 2016.

Bergoglio, María Inés, "Argentina: efectos de la institucionalización", *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Héctor Fix-Fierro et. Al. (eds), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 27-117.

Desalay, Ives; Garth, Bryant, "Patrones de inversión jurídica extranjera: los casos de Brasil, Chile, México y Argentina", *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Héctor Fix-Fierro et. Al. (eds), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 723-749.

Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2014.

Fuenzalida Faivovich, Edmundo, "Derecho y cultura jurídica en Chile (1974-1999)", *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, Héctor Fix-Fierro et. Al. (eds), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 195-231.

Gargarella, Roberto, "La 'sala de máquinas' de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo", *Revista Nueva Sociedad*, No. 258, Julio-Agosto 2015, pp. 96-106.

_____, "Nuevo constitucionalismo latinoamericano", *El País digital*, 20 de agosto del 2014, http://elpais.com/elpais/2014/07/31/opinion/1406816088_091940.html (consultado 02/02/2016).

_____, *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

_____, "El constitucionalismo latinoamericano y la 'sala de máquinas' de la constitución (1980-2010)", *Gaceta Constitucional* No. 48, diciembre 2011, pp. 289-305.

Garzón Valdés, Ernesto, "Diez mandamientos para la vida universitaria", *Revista Isonomía*, No. 9, octubre 1998, p. 55.

Garzón Valdés, Ernesto, "Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural", *Claves de la Razón Práctica*, No. 74, Julio-Agosto, 1997, pp. 10-23.

Lasswell, Harold D.; McDougal, Myres S., "Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest", *The Yale Law Journal*, volumen 52, marzo de 1943, pp. 202-295.

Lasswell, Harold D.; McDougal, Myres S., "Enseñanza del derecho y políticas públi-

cas: entrenamiento profesional para el interés público”, La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía, Martín F. Böhmer (comp.), Gedisa-Yale Law School y Universidad de Palermo, Barcelona, 1999, pp. 73-97.

Lukes, Steven, *Relativismo moral*, Paidós, Madrid.

Medici, Alejandro, “Nuevo constitucionalismo Latinoamericano y giro descolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico”, *Debates constitucionales en nuestra América: enfoques y tendencias*, ILSA, Bogotá, 2014

Nieto, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Trotta, Madrid, 2007.

Nino, Carlos S., *Un País al margen de la ley*, Ariel, Buenos Aires, 2005.

Pérez Perdomo, Rogelio, “Venezuela: Derecho en una democracia renqueante”, *Culturas Jurídicas Latina de Europa y América en tiempos de Globalización*, UNAM, México D.F., 2003, pp. 723-749.

Pérez Perdomo, Rogelio; Friedman, Lawrence, “Introducción”, *Culturas Jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de Globalización*, UNAM, México D.F., 2003, pp. 1-26.

Putnam, Robert, *Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton, Princeton University Press, 1993.

Raz, Josep, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Nueva York, 1979.

Sociedad de Legislación Comparada de París, publicado en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Año vigésimosegundo, Tomo XLV, Madrid, 1874, pp. 337-357.

Supoit, Alain, *Homo jurídicos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2007.

Viciano Pastor Roberto; Martínez Dalmau Rubén, “La Constitución democrática entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *Debates constitucionales en nuestra América: enfoques y tendencias*, ILSA, Bogotá, 2014.

_____, “Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Gaceta Constitucional*, No. 48, diciembre 2011a, pp. 307-328.

_____, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *Revista General de Derecho Público comparado*, No. 9, 2011b, pp. 307-328.

_____, “El nuevo constitucionalismo en América Latina, Memorias del encuentro internacional”, *El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*, Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Quito,

2010, pp. 13-43.

Von Bogdandy, Armin, "Ius Constitutionale Commune" en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM / Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional, México D.F., 2014, pp. 3-25.

___ Von Bogdandy en su artículo "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", Revista Derecho del Estado (Nueva Serie), No. 34, enero-junio 2015, pp. 1-50.

Leyes y códigos de ética

Von Bogdandy, Armin, "Ius Constitutionale Commune" en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM / Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional, México D.F., 2014, pp. 3-25.

Código Orgánico de la Función Judicial, Ecuador, 2009.

Código de Ética profesional "Avellan Ferres", http://www.uanet.org/sites/default/files/Ecuador_Codigo-Etica_1969_ES.pdf, 1969 (acceso: 02/02/2016)

Código de Ética e disciplina de OAB, <http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina> (acceso: 02/02/2016)

Couture, Eduardo, El Decálogo del Abogado, <http://decalogodelabogado.org/> (acceso 02/02/2016)

Código Ingenios y el sistema de patentes: ¿una propuesta innovadora o la receta hacia un estancamiento tecnológico?¹

Sophia Espinosa Coloma, J.S.D
Universidad San Francisco de Quito

Resumen

El Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación (Código Ingenios) es un nuevo proyecto que se discute en la Asamblea ecuatoriana que tiene como fin democratizar el conocimiento, concibiendo a éste como un bien de interés público. El Código Ingenios en los elementos de fondo del sistema de propiedad intelectual –inclusive los derechos de patentes– es consistente con lo establecido por el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). No obstante, introduce cambios sustantivos en lo referente al material patentable, las exclusiones de patentabilidad y las excepciones de patentabilidad. Estas modificaciones no solo pueden ser consideradas contrarias al ADPIC, sino que podrían ir en contra de la innovación, generando un estancamiento tecnológico en el país y disuadiendo las inversiones en investigación y desarrollo.

Abstract

Currently Ecuador's Congress is working in a new intellectual property legal regime called Código Ingenios. Its main objective is the dissemination of knowledge, as it is considered a good of public interest. Código Ingenios is consistent with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) in most main aspects, including the patent law regime. Nevertheless, it incorporates material modifications to the patentable subject matter, the exclusions from patentability and the exceptions to IP rights that are not only conflicting with the TRIPS Agreement, but also reduces incentives to innovation, potentially causing a technological stagnation and deterring investments in research and development.

Palabras clave: Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación / Código Ingenios / Patentes; Materia Patentable / Patentes de Genes; Exclusiones de Patentabilidad / Conocimiento Tradicional / Excepciones de Patentabilidad / ADPIC / TRIPS.

Key words: Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación / Código Ingenios / Patent Law / Patent subject matter / Gene patents / Exclusion of

¹ Artículo recibido el 20 de abril y aceptado el 9 de junio de 2016.

patentability / TRIPS flexibilities / Traditional Knowledge / Patent Exceptions / TRIPS Agreement.

Sumario: **1.** Introducción; **2.** Código Ingenios y Derecho de Patentes: ¿Promoción de la Innovación o aislamiento tecnológico?; **2.1** Materia Patentable; **2.2** Exclusiones de Patentabilidad; **2.3** Excepciones del Derecho de Patentes; **3.** Conclusiones

1. Introducción

En una conversación sobre el derecho de patentes, Fritz Machlup concluyó que “if we did not have a patent system, it would be irresponsible on the basis of our present knowledge of its economic consequences, to recommend instituting one. But since we have had a patent system for a long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge, to recommend abolishing it”.² El sistema de patentes existente no es perfecto, trae consigo algunos efectos, no todos positivos como es el caso de los costos sociales. Sin embargo, es un sistema que ha permitido sentar estándares mínimos para la protección de las creaciones del intelecto humano, generando así seguridad jurídica y facilitando el comercio y la transferencia de tecnología entre naciones.

El sistema de propiedad intelectual de forma general, y el de patentes de forma específica, son concebidos como herramientas para la promoción de la innovación y el progreso. De esta manera, el derecho de patentes consiste en el otorgamiento de derechos de exclusiva sobre la invención, a favor del inventor, con el fin de que reciba una recompensa e incentivo por su trabajo. A cambio de esta protección, el inventor se compromete a divulgarla, con el objetivo de que esta información contribuya al desarrollo tecnológico y a la innovación en general, beneficiando así a la sociedad. Actualmente, existe una preocupación mundial sobre la efectividad del presente sistema de propiedad intelectual contenido en el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)³, por lo que se ha considerado la necesidad de dinamizar el sistema, con el fin de que se constituya en un latente motor de la innovación y creación en todas las esferas de la propiedad intelectual.⁴ El Ecuador, dentro de esta nueva tendencia, ha desarrollado el Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación (Código Ingenios), así su objeto es “generar un marco legal en el que se estructure la economía social de los conocimientos, la creatividad y la innovación”.⁵

² Kitch, Edmund, “Patents”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 4, in *The Economics of Intellectual Property* 4, Volume II, Peter Newman (ed.), 1998.

³ Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_02_s.htm

⁴ International Conference on Intellectual Property and Development, Ginebra 7-8 Abril 2016.

⁵ Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación, Art.1 disponible en <http://coesc.educacionsuperior.>

El Código Ingenios concibe al conocimiento como un bien de interés público, teniendo como base la democratización del mismo. Establece así dentro de sus principios que “el conocimiento constituye un bien de interés público, su acceso será libre y no tendrá más restricciones que las establecidas en este Código, la Constitución, los tratados e instrumentos internacionales y la Ley; y, su distribución se realizará de manera justa, equitativa y democrática”. Con estas premisas el Código Ingenios, en el área de patentes, se ciñe básicamente a lo establecido en el ADPIC. No obstante, introduce modificaciones sustantivas puntuales.

Por tanto, este estudio tiene como objetivo determinar si el Código Ingenios, en el área de patentes, representa una propuesta viable, consistente con la naturaleza de estos derechos y con la promoción de la investigación y desarrollo, o por el contrario, son propuestas que podrían acarrear un impacto negativo en la innovación y producción tecnológica.

2. Código Ingenios y Derecho de Patentes: ¿Promoción de la Innovación o aislamiento tecnológico?

El tema del Derecho de Patentes se encuentra regulado por los ADPIC, Tratado que establece un set de estándares mínimos orientados a reducir las distorsiones e impedimentos en el mercado internacional y para promover una protección adecuada de los derechos de propiedad intelectual entre los países miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Uno de los objetivos de los ADPIC es asegurar que las disposiciones relativas a la aplicación de los derechos de propiedad intelectual no constituyan en sí mismos obstáculos o barreras al comercio legítimo.⁶

La Decisión de la Comunidad Andina, al igual que la Ley de Propiedad Intelectual actual siguen los parámetros establecidos en los ADPIC. Por su parte, el Código Ingenios, si bien no realiza cambios significativos de fondo, introduce modificaciones de carácter sustantivo, que no solo podrían considerarse inconsistentes con el ADPIC, sino generar un impacto negativo en la innovación.

gob.ec/index.php/C3%B3digo_Org%C3%A1nico_de_Econom%C3%ADa_Social_del_Conocimiento_e_Innovaci%C3%B3n1998.

⁶Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Preámbulo, párr.1, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_02_s.htm

2.1. Materia Patentable

En el área de derecho de patentes, el Artículo 27 del ADPIC⁷ es importante, en razón de que éste cubre la materia patentable, los mínimos estándares de protección y las excepciones de patentabilidad determinadas en consideración a los intereses públicos.

El Artículo 27.1 señala que las patentes deben otorgarse cuando concurren las siguientes circunstancias:

[...] las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial (...) las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.⁸

Esta provisión extiende la materia protegible, de manera que cualquier producto o proceso puede ser protegido bajo el derecho de patentes si cumple los requisitos de patentabilidad –novedad, nivel inventivo, aplicación industrial. La razón fundamental para extender la materia protegible, obedece a las múltiples y controversiales exclusiones de patentabilidad que algunos países tenían en áreas clave como farmacéutica, químicos y las industrias de alimentos.⁹ Para el tiempo en que se realizaba la Ronda de Uruguay, alrededor de 50 países no otorgaban derechos de

⁷ *Ibidem*, Art. 27 Materia patentable:1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.(5) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país. 2. Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación. 3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad: a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales; b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

⁸ *Ibidem*, Art. 27.1.

⁹ Véase Correa, Carlos, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Oxford University Press, Great Britain, 2007, p.

71. Véase también de Carvalho, Nuno Pires *The TRIPS Regime of Patent Rights* 141, Kluwer Law ed., London, 2003.

patentes a invenciones en el área de medicina, alimentos y bebidas.¹⁰ Por tanto, se trataba de definir un sistema que evite exclusión de patentabilidad en campos que requieren protección, por el alto riesgo existente a casusa de la significativa cantidad de recursos, trabajo e inversión realizada.

La posibilidad de obtener patentes para cualquier invención, sean productos o procesos en cualquier campo de la tecnología, abrió el campo para que se obtengan patentes de productos en áreas como medicina, farmacéutica, biotecnología, agroquímica, entre otros. El reconocimiento de la protección a través del derecho de patentes en estas áreas, tenía como objetivo principal el asegurar la continuación y fortalecimiento de la investigación y desarrollo de éstas. Como resultado se puede resaltar que la protección bajo el derecho de patentes fue concebida como un mecanismo para promover el desarrollo de nuevos productos, a cambio de derechos de propiedad intelectual sobre los resultados de esta investigación y desarrollo.¹¹

En este sentido, el Código Ingenios en su Art. 253 adopta el estándar establecido por el ADPIC, extendiendo la materia patentable a todo producto o procedimiento, en todo campo de la tecnología, siempre que cumpla con los requisitos de patentabilidad. Por otro lado, Art. 252 establece que el “[...] sistema de patentes constituye una herramienta para promover el desarrollo industrial y tecnológico y para la consecución del buen vivir”.¹² Por tanto, podemos establecer que en parte el Código Ingenios es consistente con el ADPIC, en razón de que concibe al derecho de patentes como un mecanismo para fomentar la innovación y por ende el desarrollo tecnológico e industrial. Sin embargo, omite la importancia de la utilización del derecho de patentes como un medio para incentivar al inventor y fomentar el comercio internacional. Una de las bases del sistema de propiedad intelectual es la justa retribución al inventor con el fin de estimular la innovación, para lograr nuevos productos que mejoren los estándares de vida de la sociedad.

Asimismo, uno de los fines del ADPIC es precisamente lograr una armonización de la normativa internacional de patentes, que provea con seguridad jurídica a los desarrolladores y usuarios de tecnología en todos los campos, con el fin de fomentar el comercio. Si no se concibe al sistema de propiedad intelectual en función de todas sus dimensiones y actores, se tendrá una normativa sesgada y orientada a satisfacer las necesidades, únicamente, de una de las aristas del sistema.

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Véase Correa, Carlos, *Trade Related Aspects*, p. 275.

¹² Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación, Art.252 disponible en http://coesc.educacionsuperior.gob.ec/index.php/C%C3%B3digo_Org%C3%A1nico_de_Econom%C3%ADa_Social_del_Conocimiento_e_Innovaci%C3%B3n.

2.1.1. Genes: ¿Materia Protegible por el Derecho de Patentes?

El Art. 27.1 del ADPIC establece que las patentes estarán disponibles para cualquier invención. Sin embargo, el término invención no ha sido definido por el ADPIC. Esto se da para que cada uno de los países miembros tenga la discrecionalidad de adoptar su propia definición de invención en sus legislaciones domésticas.¹³ Este punto tiene un impacto significativo dentro del campo de los recursos genéticos, puesto que cada país decidirá si el material genético, genes, secuencias de ADN, entre otros podrán o no ser materia patentable. "This manner of regulating protection may well entail consequences in connection with the patenting of natural materials as well, in particular biological material of natural origin (e.g. DNA, cell lines, etc), for the TRIPs Agreement does not contain any mandatory rules on the essential delimitation between 'discoveries' and 'inventions'".¹⁴

Consecuentemente, cada país miembro de la OMC tiene la facultad de adoptar la posición más conveniente en función de sus realidades o necesidades. Así, los países miembros pueden optar por la visión estricta de invención o definir una posición más amplia e incluir algunos tipos de "descubrimientos" que pueden reunir los requisitos de patentabilidad dadas las circunstancias. De esta manera, con el fin de clarificar estas dos posturas en el área de recursos genéticos el Nuffield Council on Bioethics ha establecido que:

[...] genes are naturally occurring entities that are there to be discovered, like new species or new planets. They are not invented. In our common usage of the term, a "discovery" is the acquisition of knowledge of a new but already existing fact about the world. An "invention", on the other hand, is something that someone creates or develops which did not previously exist. Thus, on the usual interpretation of the words, it seems apparent that the identification of a gene is a discovery, since genes exist in the world, in our bodies.¹⁵

Sin embargo, ¿qué pasa cuando los genes son objeto de la intervención humana? ¿Qué grado de intervención del intelecto humano debe haber para considerarlos materia patentable o, simplemente, bajo ninguna circunstancia podrían patentarse? La respuesta no es fácil y dependerá de la corriente adoptada por cada legisla-

13 Straus, J. "Implications of the TRIPs Agreement in the field of patent law". *From Gatt to TRIPs- The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* F-K Beier and G Schricker (eds.), Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, 1996, p.187.

14 *Ibidem*

15 Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA. A discussion paper* 23, London, 2002.

ción. Por ejemplo, Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea otorgan patentes a genes que cumplen los requisitos de patentabilidad.¹⁶ Estados Unidos sigue el estándar de patentabilidad establecido en el caso *Diamond v. Chakrabarty* (1980), en este caso la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que microorganismos vivos desarrollados por el ser humano, constituyen materia patentable bajo la Sección 101 de la US Patent Act.¹⁷ Así, la Corte establece que una patente puede ser obtenida sobre “anything under the sun that is made by man”.¹⁸

Este estándar hizo que, por algunos años, se permita la patentabilidad de material genético aislado y purificado. Sin embargo, en junio de 2013 la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso de *Myriad Genetics*¹⁹, establece un nuevo parámetro para la evaluación del cumplimiento de los requisitos de patentabilidad: novedad, utilidad y no obviedad. La nueva interpretación realizada por la Corte Suprema deja claro que los genes, secuencias genéticas y material genético no son materia patentable por el simple hecho de ser aislados, por cuanto no se ha producido una alteración a la información contenida por estos genes, estando ésta en el mismo estado que provee la naturaleza. La sentencia dada en este caso no prohíbe la patentabilidad de genes en términos absolutos, solo de aquellos que se encuentran en estado natural, aun cuando hayan sido sometidos a un proceso de purificación y/o aislamiento. De esta manera, el ADN complementario que cumple los requisitos de patentabilidad satisfactoria y suficiente puede ser objeto de patentabilidad.

cDNA does not present the same obstacles to patentability as naturally occurring, isolated DNA segments. As already explained, creation of a cDNA sequence from mRNA results in an exons-only molecule that is not naturally occurring. Petitioners concede that cDNA differs from natural DNA in that “the non-coding regions have been removed”. Brief for Petitioners 49. They nevertheless argue that cDNA is not patent eligible because “[t]he nucleotide sequence of cDNA is dictated by nature, not by the lab technician”. *Id.*, at 51. That may be so, but the lab technician unquestionably creates something new when cDNA is made. cDNA retains the naturally occurring exons of DNA, but it is distinct from the DNA from which it was derived. As a result, cDNA is not a “product of nature” and is patent eligible under § 101, except insofar as very short series of DNA may have no intervening

¹⁶ Véase Correa, Carlos, *Trade Related Aspects*, p. 272.

¹⁷ United States Supreme Court. *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 1980.

¹⁸ *Ibidem*, p.309.

¹⁹ United States Supreme Court. *Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v. Myriad Genetics, Inc., et al.*, No. 12-398, 13 de junio de 2013. 2013 WL 2631062.

introns to remove when creating cDNA. In that situation, a short strand of cDNA may be indistinguishable from natural DNA.²⁰

Por otro lado, en el caso de la Unión Europea, que en su Directiva 98/44 relativa a la protección jurídica de las invenciones tecnológicas, en su Art. 3.2 establece como materia patentable a “la materia biológica aislada de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico podrá ser objeto de una invención, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural”.²¹ Asimismo, el Art. 5.2 determina que: “Un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural”.²²

En el caso ecuatoriano, la actual Ley de Propiedad Intelectual sigue la línea del ADPIC, por tanto, no se regula nada referente a la patentabilidad del material genético, constituyéndose una línea gris en este campo. No obstante, el Código Ingenios adopta la visión más estricta, prohibiendo de forma explícita la patentabilidad de genes y material genético en general. De esta manera, en el Art. 254 numeral 2 se establece que: “No se consideran invenciones: 2. El todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza, o aquel que pueda ser aislado, inclusive genes, proteínas, genoma o germoplasma de cualquier ser vivo”.²³ Así, al no considerarse invención, el material genético aislado y purificado no es materia protegible. Sin embargo, ¿qué pasa con el ADN complementario? ¿Es patentable bajo la propuesta del Código Ingenios? Es importante señalar, que ya que se decidió regular de manera explícita lo referente a la patentabilidad de material genético, se debe dejar en claro si podría considerarse materia protegible las invenciones basadas en material genético que ha sido modificado de forma significativa por el ser humano y reúne los requisitos de patentabilidad.

La patentabilidad de genes tiene dos posturas. Por un lado, la de aquellos que apoyan la patentabilidad de material genético con el fin de incentivar a los inventores. Esto se da porque el derecho de patentes otorga a su titular un derecho de exclusi-

²⁰ *Ibidem* p.10.

²¹ Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Artículo 3.2 de 6 de julio de 1998.

²² *Ibidem*, Art. 5.2.

²³ Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación, Art. 254 disponible en http://coesc.educacionsuperior.gob.ec/index.php/C%C3%B3digo_Org%C3%A1nico_de_Econom%C3%ADa_Social_del_Conocimiento_e_Innovaci%C3%B3n

vidad, que le permite excluir a terceros del uso y aprovechamiento de la invención protegida. De igual manera, esta posición, es defendida por aquellos que promueven la teoría de la tragedia de los comunes, que plantea que el otorgamiento de los derechos de patentes sobre genes evitaría una sobreexplotación de los mismos. “El proceso de concesión de patentes en las secuencias de ADN se ha sustentado en lo que se denomina Tragedy of Commons. Mediante esta teoría se explica por qué un sistema en el que los recursos son compartidos por quienes estén interesados en ellos, lleva a la sobreexplotación de los recursos y a la falta de innovación (Heller y Eisenberg, 1998)”.²⁴

Por otro lado, la postura que va en contra de la patentabilidad de genes, fundamenta su posición en el hecho de que los genes son materia existente en la naturaleza, por tanto, un gen aislado y purificado no puede considerarse una invención por no haber una intervención o aporte significativo del ser humano. De esta manera, se considera que el otorgamiento de patentes sobre genes constituye una política que va en contra de la invención, por cuanto los inventores tendrán que pedir un sinnúmero de permisos a los titulares de los derechos de patentes, con el fin de acceder al material genético para la investigación. De esta manera, se trata de evitar la generación de patent thickets que se constituyan en obstáculos para la innovación tecnológica. A esta postura se la conoce también como la teoría del anticommons.

An anticommons is “a property regime in which multiple owners hold effective rights of exclusion in a scarce resource”. Such scenarios, moreover, often result in underdevelopment of that resource. [...] Applied to biomedical research, the tragedy of the anticommons explains how patents may actually deter innovation. While earlier commentators focused on innovation as a unitary act by a single player, expositors of the tragedy of the anticommons recognize the multiparty, multiphase mechanics of contemporary research and development. Patents on upstream research tools can inhibit downstream research that depends upon those tools as critical inputs to experimentation. Thus, for example, patents on research tools necessary to screen therapeutic agents can inhibit a pharmaceutical company’s efforts to develop marketable drugs. In short, “intellectual property rights have threatened to restrict access to materials and techniques that are critical for future research”. While patents have contributed to unprecedented levels of investment in biomedical research and development, in the long run their exclusionary function may hinder rather than accelerate biomedical research.²⁵

²⁴ Conde Gutiérrez, Carlos Augusto, “Patentando ADN”, *Revista de la Propiedad Inmaterial* No. 15, 2011, p. 50.

²⁵ Lee, Peter, “Patents, Paradigm Shifts, and Progress in Biomedical Science”, *The Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 3, The Yale

Por tanto, en este punto se puede establecer que la postura adoptada por el Código Ingenios con respecto a la no patentabilidad de genes aislados y purificados no afecta a la innovación tecnológica. De tal manera, es una posición que se ajusta a las realidades de país y al estado de la industria biotecnológica. Asimismo, la no patentabilidad de genes en el caso ecuatoriano tiene por objeto promover la innovación, permitiendo el acceso de los investigadores al material genético base. Ahora bien, sería interesante que se deje en claro qué pasa con el material genético que además de haber sido purificado y aislado ha sido sometido a un proceso innovador. El cumplimiento de los requisitos de patentabilidad son suficientes? ¿Cuál es el estándar a seguir con respecto al requisito de nivel inventivo? Es decir, el nivel inventivo debe ser suficiente y ¿qué se entiende por suficiente es esta área? La posibilidad de que no se permita patentar invenciones consistentes en modificaciones a material genético que satisfacen plenamente los requisitos de patentabilidad, no solo que iría en contra de lo establecido en el ADPIC, sino que impactaría de forma negativa a la innovación tecnológica en el país.

2.2. Exclusiones de la Patentabilidad

Como se ha establecido anteriormente, el ADPIC establece los estándares mínimos de protección de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, el tratado también establece flexibilidades a lo largo del texto, con el fin de facilitar a los países miembros la adopción de la normativa de propiedad intelectual en función a sus realidades nacionales. Dentro de las flexibilidades del ADPIC se encuentran las exclusiones de patentabilidad, contenidas en los artículos 27.2 y 27.3.²⁶

De esta manera, la actual Ley de Propiedad Intelectual es un ejemplo de las flexibilidades del ADPIC, ya que se acogen todas las excepciones de patentabilidad en el texto. El Código Ingenios, siguiendo esta línea, adopta las mismas excepciones

Law Journal Company, 2004, pp.673-674.

26 Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Art. 27.(2)(3) disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_02_s.htm Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

- a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;
- b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

de patentabilidad propuestas por el ADPIC. No obstante, la extiende a los conocimientos tradicionales. Así el Art. 259 establece que:

Artículo 259.- Invenciones no patentables.- No será patentable lo siguiente:

1. Las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente o ecosistema. A estos efectos, no se considerará contraria al orden público o a la moral la explotación comercial de una invención, por la sola existencia de una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación;
2. Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;
3. Las plantas y los animales, así como los procedimientos esencialmente biológicos para obtención de plantas o animales que no sean procedimientos no-biológicos o microbiológicos; y,
4. Los conocimientos tradicionales.²⁷

Este enfoque va de la mano con lo establecido en el artículo 322 de la Constitución, que prohíbe todo tipo de apropiación de conocimientos colectivos²⁸, así como del Art.402 que prohíbe la obtención de derechos de propiedad intelectual sobre productos derivados y sintetizados obtenidos a partir del conocimiento tradicional.²⁹ Al hablar de la protección y gestión del conocimiento tradicional, se puede identificar dos posiciones, la protección defensiva y la positiva. La protección defensiva se orienta al desarrollo de cualquier mecanismo para evitar la apropiación de conocimiento tradicional por parte de terceros no autorizados.³⁰ La protección defensiva encuentra su objetivo primordial en el derecho de patentes, así con el objetivo de evitar la adquisición de derecho de patentes sobre el conocimiento tradicional por parte de terceros. La Constitución del Ecuador y el Código Ingenios siguen este enfoque, pues al evitar

²⁷ Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación, Art. 259 disponible en http://coesc.educacionsuperior.gob.ec/index.php/C%C3%B3digo_Org%C3%A1nico_de_Econom%C3%ADa_Social_del_Conocimiento_e_Innovaci%C3%B3n

²⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 322. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

²⁹ *Ibidem.*, Art.402

³⁰ Véase Pires de Carvalho, Nuno, *From the Shaman's Hut to the Patent Office: A Road Under Construction*, in *Biodiversity and the Law 247*, Charles McManis ed., Earthscan, USA, 2007. Véase también WIPO, WIPO, *Intellectual Property and Traditional Knowledge 6*, WIPO Publication No. 920 (E), disponible en: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/920/wipo_pub_920.pdf

la obtención del derecho de patentes, y en general de todo tipo de propiedad sobre el conocimiento tradicional, lo que verdaderamente busca es evitar que terceros se conviertan en los titulares del conocimiento comunitario.

Defensive protection aims at ensuring that existing TK is not patented by third parties – ideally, by ensuring that relevant TK is taken fully into account when a patent is examined for its novelty and inventiveness. Normally, a claimed invention in a patent application is assessed against the so-called “prior art” – the defined body of knowledge that is considered relevant to the validity of a patent. For example, if TK has been published in a journal before the applicable date of a patent application, it is part of the relevant prior art, and the application cannot validly claim that TK as an invention – the invention would not be considered novel. In recent years, concern has been expressed that TK should be given greater attention as relevant prior art, so that patents are less likely to cover existing publicly disclosed TK.³¹

Por otro lado, la protección positiva está orientada a la creación de un sistema que otorga derechos sobre el conocimiento tradicional a sus tenedores, de esta manera, los empodera para que gestionen este conocimiento y para tomar acción en contra de un mal uso o de una explotación no autorizada del conocimiento tradicional.³² Por tanto, la protección positiva utiliza mecanismos legales para asegurar la protección del conocimiento tradicional.

The options for positive protection include existing IP laws and legal systems (including the law of unfair competition), extended or adapted IP rights specifically focused on TK (sui generis aspects of IP laws), and new, stand-alone sui generis systems which give rights in TK as such. Other non-IP options can form part of the overall menu, including trade practices and labeling laws, the law of civil liability, the use of contracts, customary and indigenous laws and protocols, regulation of access to genetic resources and associated TK, and remedies based on such torts as unjust enrichment, rights of publicity, and blasphemy.³³

Como se ha establecido, la protección positiva contempla los derechos de propiedad existentes para la protección efectiva del conocimiento tradicional. Dentro del debate sobre la protección del conocimiento tradicional, hay aún escepticismo

³¹ WIPO, *WIPO, Intellectual Property*, p.26.

³² *Ibidem*, p.12.

³³ *Ibidem*, p.17.

sobre la efectividad de utilizar los derechos de propiedad existentes, por considerar que la naturaleza del conocimiento tradicional hace que estos derechos sean inconsistentes e incluso contradictorios con la materia de protección.³⁴ Una de las principales razones para fundamentar este escepticismo está basada en los orígenes de los conocimientos tradicionales y de los derechos de propiedad intelectual, y los intereses subyacentes de estos.

In the growing international debate over the legal protection of traditional knowledge, one frequently hears the view expressed that the traditional knowledge of indigenous peoples and local communities does not readily fit into the existing intellectual property regimes of the industrialized world, that these regimes promote the interests of the industrialized world and encourage what has come to be called (and vilified as) “biopiracy”.³⁵

No obstante, la experiencia ha demostrado lo contrario, probando que el sistema de propiedad intelectual existente puede proteger los derechos tradicionales de manera eficaz, legal y legítima. De acuerdo con la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, “existing IP laws have been successfully used to protect against some forms of misuse and misappropriation of TK, including through the laws of patents, trademarks, geographical indications, industrial designs, and trade secrets”.³⁶

Consideramos que con el fin de promover la innovación el Código Ingenios no debería excluir la posibilidad de obtener derechos de patentes sobre conocimientos tradicionales, pues es una medida que no solo constituye un obstáculo para la innovación, sino que va en contra de los intereses de los tenedores de conocimientos tradicionales, entorpeciendo la repartición de beneficios establecida en la Convención sobre Diversidad Biológica.

2.2.1. Conocimiento Tradicional y Derecho de Patentes

Muchos sectores consideran que el derecho de patentes no es aplicable al conocimiento tradicional, dadas las características y orígenes propios de éste. Sin embargo, podemos establecer que en ciertas circunstancias el conocimiento tradicional que cumpla con los requisitos de patentabilidad (novedad, aplicabilidad industrial y nivel inventivo), puede ser objeto de protección. Esta posibilidad ha sido sugerida

34 Véase McManis, Charles, “Fitting Traditional Knowledge Protection and Biopiracy Claims into the Existing Intellectual Property and Unfair Competition Framework”, *Intellectual Property and Biological Resources*, (Burton Ong ed., Marshall Cavendish, Singapore, 2004, 430-31.

35 *Ibidem*, p. 425.

36 WIPO, WIPO, *Intellectual Property*, p. 17.

en particular para la protección del conocimiento tradicional medicinal.³⁷ De esta manera, “[...] when practitioners innovate within the traditional framework, they have been able to use the patent system to protect their innovations. For example, in 2001 China granted 3300 patents for innovations within the field of Traditional Chinese Medicine [...]”³⁸

Al analizar la posibilidad de proteger al conocimiento tradicional bajo el derecho de patentes, nos encontramos con dos posibles impedimentos de fondo, el cumplimiento del requisito de novedad y la concepción del inventor como un individuo. A continuación se verá como bajo ciertas circunstancias estos obstáculos se pueden sobrellevar, permitiendo así la aplicación del derecho de patentes.

El conocimiento tradicional es concebido como una “creation over a long period of time in which it has been passed down from generation to generation”.³⁹ Este carácter colectivo del conocimiento tradicional genera problemas con el requisito de novedad.⁴⁰ De conformidad con la visión occidental, el conocimiento que pasa de generación en generación es parte del dominio público.⁴¹ Por tanto, ¿cómo el conocimiento tradicional puede cumplir con el requisito de novedad si es parte del dominio público? Esta aseveración contiene una idea equivocada, por cuanto no todo el conocimiento tradicional es compartido con toda la comunidad. En efecto, el conocimiento tradicional más relevante es reservado por pocos o un solo miembro de la comunidad, como es el caso del Shaman. “Recent investigations, [...], have shown that not all indigenous knowledge is communally shared, and not all of it is considered to be in the public domain. Various healing methods have been reported to have been held under a secrecy regime”.⁴² Asimismo, los tenedores del conocimiento tradicional han desarrollado sus propios mecanismos para regular el acceso y uso del conocimiento tradicional, por tanto mal se podría decir que es parte del dominio público. Al respecto Dutfield establece que:

Many traditional societies have their own custom-based “intellectual property” systems, which are sometimes quite complex. Customary rules governing access to and use of knowledge do not necessarily differ all that

37 Véase Van Overwalle, Geertrui, “Holder and User Perspectives in the Traditional Knowledge Debate: A European View”, *Biodiversity and the Law*, Charles McManis ed., 2007.

38 WIPO, *WIPO, Intellectual Property*, p. 18.

39 Lewis, Walter H.; Ramani, Veena, *Ethics and Practice in Ethnobiology: Analysis of the International Cooperative Biodiversity Group Project in Peru*, in *Biodiversity and the Law*, Charles McManis ed., Earthscan, USA, 2007, p. 394.

40 Von Lewinski, Silke; Von Hahn, Anja *Indigenous Heritage and Intellectual Property 65*, (Silke von Lewinski & Anja von Hahn eds., Kluwer Law International, The Netherlands, 2004.

41 Long, Doris *Traditional Knowledge and the Fight for the Public Domain*, 5j *Marshall Rev.Intell.Prop.l.* 2006, pp. 307-321.

42 Van Overwalle, Geertrui, “Holder and User”, p. 359.

widely from western intellectual property formulations, but in the vast majority of cases they almost certainly do. Nonetheless, there is a tendency to treat such rules with disrespect or to ignore them as if they do not exist. However, knowledge thought to be part of the public domain may in some cases turn out under customary law to remain subject to the legal claims of individuals and communities. Even if one disregards customary law, the unauthorized dissemination or use of certain publicly available traditional knowledge could sometimes be challenged on the basis of concepts existing in the western legal system, such as copyright, breach of confidence and misappropriation. Accordingly and in consequence, nothing is being taken from the public domain that should be there, but only what should not be. [...] The public domain is being promoted in opposition to privatization as part of a debate about intellectual property rights, a discussion that does not easily accommodate the specific interests and claims of non-Western societies. Why is this the case? Disclosed TK has from the distant past to the present been treated as belonging to nobody. Consequently, many indigenous peoples' representatives are concerned that pro-public domain rhetoric, sympathetic as many of them are about the sentiments behind it, may inadvertently threaten their rights. Indeed, the public domain concept is problematic from the perspective of many traditional societies in which TK holders or others, such as tribal elders, have permanent responsibilities concerning the use of such knowledge, irrespective of whether it is secret, is known to just a few people, or is known to thousands of people throughout the world. Custodianship responsibilities do not necessarily cease to exist just because the knowledge has been placed in the so-called public domain. There is no doubt that a tremendous amount of TK has been disclosed and disseminated over the years without the authorization of the holders.⁴³

Por otro lado, se analizará la concepción del inventor como individuo. En este punto se tiene que considerar que no todo el conocimiento tradicional es creado por toda la comunidad, de esta manera no se descarta la existencia de un conocimiento tradicional desarrollado por un individuo. "In general, creation of TK is an incremental and collective process, but it does not follow that TK is not the products of individuals. Depending on the customary laws and principles applicable to particular situations, nothing stands in the way of recognizing an individual creation as a

⁴³ Dutfield, Graham, *Protecting Traditional Knowledge: Pathways to the Future* 8-9, Graham Dutfield ed., International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Switzerland, 2006.

genuine piece of TK".⁴⁴ Asimismo, estos tipos de conocimiento tradicional no solo pueden ser protegidos bajo el derecho de patentes, sino incluso por el derecho de autor. Al respecto, Balick establece que "one way of strengthening the position of the traditional healer employed in the Belize project has been to consider these people as colleagues and teachers, rather than as informants. [...] By including traditional healers who provided information for research as co-authors or providing acknowledgment using their names, all parties benefit".⁴⁵

Otra solución para este problema es el uso del concepto de coinventor. Para utilizar este concepto es necesario que "each of the joint inventors have contributed to the inventive conception, working on the same subject matter and making the same contributions to the inventive thought ant to the final result".⁴⁶ S. Biber-Klemm al hablar sobre el caso Americano establece:

In the USA, for instance, the statute recognizes the notion of joint inventorship.⁴⁷ The main requirements imposed for joint inventorship are that each of the joint inventors must contribute to the inventive element of the protected invention and that they must collaborate with each other. More specifically, the joint inventors must produce an invention by their aggregate efforts and must work on the same subject matter.⁴⁸ Further, while it may be difficult to distinguish prior art from the distinct contributions to a single invention, the statute recognizes that joint inventors do not have to work together at the same time. It is sufficient that the contribution of the joint inventor that works first in time constitutes an integral part of the process of joint invention.⁴⁹ Finally, the joint inventors do not need to collaborate on each of the claims made in a patent application and do not need to have made the same type of contribution or contributed equally to the invention.⁵⁰⁵¹

Consecuentemente, si el tenedor de conocimiento tradicional contribuye de forma directa y consciente para el desarrollo de una invención, puede ser considerado

44 Nuno Pires de Carvalho, *The TRIPS Regime*, p. 243.

45 Balick, Michael J. "Traditional Knowledge: Lessons from the Past, Lessons for the Future", *Biodiversity and the Law*, Charles McManis (ed.=, Earthscan, USA, 2007, p. 287.

46 Geertrui Van Overwalle, "Holder and User", p. 360.

47 35 United States Code 116.

48 Monsanto Co. vs Kamp, 269 F.Supp.818 (District of Columbia, District Court, 15 June 1967).

49 Shields vs Halliburton Co., 667 F.2d 1232 (US Court of Appeals, 5th Circuit, 19 February 1982).

50 Por ejemplo, Ethicon, Inc. vs United States Surgical Corporation, 937 F.Supp. 1015 (United States District Court, D. Connecticut, 9 September, 1996).

51 Biber-Klemm , S. Cottier, T.Right to Plant Genetic Resources And Traditional Knowledge Basic Issues and Perspectives 245, (S.Biber-Klemm & T. Cottier eds., CABI, UK, 2006).

como coinventor. En otras palabras, si se reúnen los requisitos y su contribución es relevante a la invención final, entonces el tenedor de conocimiento tradicional puede ser considerado coinventor.

The question of inventorship and entitlement to apply for a patent may be at issue in cases where the inventive concept has been derived in whole or in part from a TK holder, such as an individual TK practitioner, but that person is not recognized as the or a[n] inventor of the invention as claimed. This question therefore have potential relevance to traditional knowledge systems, and their potential relevance to patents for inventions that are TK, that use TK or that are otherwise based on TK. Entitlement to apply for a patent, inventorship, rights to ownership, obligations arising from non-inventive contributions, enforcement of contractual obligations, and the formal recognition of ownership, licensing and security interests, are all legally significant issues in acquiring, holding and enforcing patent rights, [and] – and thus may play a role in access and benefit-sharing.⁵²

Por otro lado, el hecho de que el tenedor del conocimiento tradicional no pueda calificar como coinventor, no debe ser una razón para privarlo por los beneficios obtenidos a raíz de la invención. Una posible solución es la utilización de la figura de la copropiedad a través de la cesión de derechos de patentes a favor de los tenedores de conocimiento tradicional. Esto se puede evidenciar en el Proyecto International Cooperative Biodiversity Group (ICBG) en Perú. El ICBG es un proyecto que apoya la investigación y desarrollo de medicinas, a través de productos biológicos, así “discovery and development of pharmaceutical and other useful agents from natural products can promote economic opportunities and enhanced research capacity in developing countries while conserving the biological resources from which these products are derived”.⁵³ El ICBG es considerado como una de las buenas prácticas en la protección de conocimientos tradicionales, ya que incorpora varios mecanismos para conseguir este fin y una justa repartición de beneficios con sus tenedores.⁵⁴

Each agreement recognizes that the traditional knowledge of the indigenous people is their cultural legacy and that the people have a right for such knowledge to be protected from the public domain. They state that such knowledge is being provided voluntarily and is being retained in con-

⁵² WIPO/GRTKF/IC/13/7, of September 18, 2008- “Recognition of Traditional Knowledge within the Patent System”, paragraph 41.

⁵³ Lewis, Walter H.; Ramani, Veena, *Ethics and Practice*, p. 400.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 400-410.

fidence. Should such information prove valuable, then the original IPR of the indigenous people over such knowledge would be preserved through the filing of appropriate patents, and by the inventors assigning shared ownership of the patents to the indigenous federations. The agreements also recognize the ownership and patrimony of the Peruvian state over certain tangible resources (whole plants) collected by the researchers in Peru for scientific purposes and for making extracts, fractions and isolating compounds of potential commercial use as new pharmaceuticals [...] The project incorporated the goals of the CBD by accessing genetic material and traditional knowledge with the PIC of the people involved. It recognized the rights of the indigenous people to their traditional knowledge and compensated them fairly. It also recognized the sovereign rights of the government of Peru, provided them with benefits, particularly by involving source country institutions and transferring back knowledge and technology to the country.⁵⁵

Por tanto, el momento en que se decide eliminar la posibilidad de obtener derechos de patentes sobre el conocimiento tradicional y los productos obtenidos con base en el conocimiento tradicional, se está atentando a los intereses de las comunidades nativas. De esta manera, se elimina una herramienta que constituye un mecanismo viable para garantizar la repartición justa de beneficios. Así también, se elimina el incentivo hacia los inventores, quienes ante la imposibilidad de obtener una patente, posiblemente identificarán comunidades en países vecinos, en donde puedan realizar su trabajo y a la vez obtener una protección para su invención, de forma que todos los involucrados puedan ser partícipes de los beneficios de la investigación. Consideramos que el Ecuador, al ser un país megadiverso, debería enfocar sus esfuerzos en la creación de un sistema de protección positiva de conocimiento tradicional, de forma que sus tenedores se vean empoderados y a la vez motivados para convertirse en titulares de derechos sobre el conocimiento tradicional, que les permita no solo proteger sus conocimientos, sino constituirse en pieza clave para la innovación.

2.3. Excepciones del Derecho de Patentes

Considerando que ningún derecho es absoluto, el ADPIC contempla excepciones de los derechos de propiedad intelectual, permitiendo un uso no regulado y libre acceso a las obras o innovaciones protegidas. Estas excepciones se encuentran comprendidas dentro de las flexibilidades del ADPIC, de manera que se permite que los

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 405,408.

Estados regulen las excepciones de conformidad con sus necesidades. Así, el Art. 30 del ADPIC establece que “los Miembros podrán prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”.⁵⁶ Por tanto, las excepciones deben ser manejadas dentro de un enfoque razonable, que vaya de la mano con las necesidades sociales, pero también considerándose como medidas extraordinarias, por cuanto podrían menoscabar los derechos de sus titulares y afectar a la innovación, investigación y desarrollo.

En este sentido el Código Ingenios incluye una preocupante clasificación que impacta directamente al derecho de patentes. De esta manera, el Art. 86 introduce una tipología de bienes que establece que “(p) los efectos del presente Código, en función de los derechos de propiedad intelectual que les son aplicables, se establece la siguiente tipología de bienes: 1. Bienes que garantizan derechos fundamentales; [...]”.⁵⁷ Así el Código Ingenios establece que

Artículo 87.- Bienes que garantizan derechos fundamentales.- Los bienes que garantizan derechos fundamentales y que se encuentren protegidos por derechos de propiedad intelectual, son de interés público y gozarán de un tipo de protección que permita satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, para lo cual, sin perjuicio del uso de limitaciones y excepciones a los derechos, se permitirán otros usos sin autorización del titular de conformidad con lo establecido en este Código y en los tratados internacionales de los que Ecuador es parte.

Lo dispuesto en el párrafo precedente será aplicable también para los derechos que recaigan sobre la información no divulgada y los datos de prueba, sobre productos farmacéuticos y químico- agrícolas.⁵⁸

Estas normas si bien buscan una propiedad intelectual más humana y que fomente la plena vigencia de los derechos fundamentales, dejan de lado la realidad y los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual en general y de derechos de patentes en particular. De esta manera, la normativa en lugar de crear con-

⁵⁶ Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Art.30 disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_02_s.htm

⁵⁷ Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación, Art.86 disponible en http://coesc.educacionsuperior.gob.ec/index.php/C%C3%B3digo_Org%C3%A1nico_de_Econom%C3%ADa_Social_del_Conocimiento_e_Innovaci%C3%B3n

⁵⁸ *Ibidem*

diciones para que los inventores dinamicen sus procesos de investigación y desarrollo, incorpora nuevas excepciones, que van más allá de las licencias obligatorias, y que no solo menoscaban los derechos de los titulares de propiedad intelectual, sino que desincentivan la innovación.

Uno de los sectores clave que se ve afectado por esta norma es el de la industria farmacéutica. El acceso a medicamentos es una necesidad y clamor mundial. Sin embargo, para lograrlo de manera efectiva, los Estados deben crear las condiciones socio económicas, políticas y jurídicas para que la industria farmacéutica logre reducir el riesgo, los costos y así pueda proporcionar medicamentos al alcance de todos los sectores de la población. En este sentido, el derecho de patentes sobre medicamentos no debe ser visto como un obstáculo para su acceso, sino como una herramienta que viabiliza la generación de estas drogas con fines terapéuticos. La idea de establecer un sistema orientado a las necesidades sociales, permitiendo otros usos no autorizados más allá de los establecidos en la normativa interna e internacional, con el fin de sociabilizar el acceso a estos productos, responde a la visión de que las patentes constituyen monopolios, cuyo efecto es el incremento de los costos, creando así barreras para el acceso y disfrute de las innovaciones.

2.3.1. Patentes, Costo Social y Monopolio

El derecho de patentes otorga derechos de exclusiva a favor del inventor por el desarrollo de una invención- sea ésta un producto o proceso- que ofrece una nueva solución técnica a un problema específico. Por tanto, en este sentido la patente sí implica el otorgamiento de un monopolio a favor del titular del derecho de patentes. No obstante, en la mayoría de casos este monopolio es solo literal mas no de mercado, en el sentido de que muchos productos patentados tienen competidores y por ende productos sustitutos. Edmund Kitch establece que “the description of a patent as a monopoly depends in part on the ambiguity of the term monopoly. A patent is certainly a monopoly in the sense that any property right is a monopoly- it is the exclusive right to control the use of the subject matter of the patent claim”.⁵⁹

Si se asume la posición de que los derechos de patentes generan monopolios, a causa de los derechos de exclusiva otorgados a favor del titular, se puede determinar que algunos de los efectos se resumen en los costos sociales. En este sentido se puede identificar dos costos sociales significativos: En primer lugar, el excedente del consumidor se reduce, ya que los consumidores tienen que pagar más para utilizar la invención, que según la teoría de los bienes públicos debería ser de libre acceso.

⁵⁹ Kitch, Edmund, “Patents”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 4, The Economics of Intellectual Property 4, Volume II, Peter Newman (ed.), 1998.

En segundo lugar, algunos consumidores dejen de usar el producto, por lo que sufren una pérdida, porque ya no están disfrutando de las ventajas de esta invención.

When market price rises above the competitive level, consumers who continue to purchase the sellers' product at the new, higher price suffer loss exactly offset by the additional revenue that the sellers obtain at the higher price. Those who stop buying the product suffer a loss not offset by any gain to the sellers. This is the deadweight loss from supracompetitive pricing and in traditional analysis its only social costs.⁶⁰

Esta posición asume un escenario extremo, en donde toda patente genera un monopolio, causando costos sociales significativos. Sin embargo, si se elimina el sistema de patentes, desaparecerían los costos sociales? En este punto es importante considerar que una de las bases del sistema de patentes y de propiedad intelectual, es la posibilidad de proveer con incentivos a los inventores para que continúen investigando y desarrollando nuevas invenciones. De ahí que, es altamente probable que sin la protección otorgada por el derecho de patentes, la actividad inventiva se vea menoscabada, o que los inventores busquen nuevos mecanismos de protección como el secreto, impidiendo la divulgación del conocimiento que prevé el sistema de patentes. Por tanto, qué costo social es mayor- aquel generado por el Sistema de patentes o aquel que simplemente imposibilita a la sociedad a tener acceso a nuevas invenciones, porque simplemente no existen?

Consecuentemente, es importante generar mecanismos efectivos para simplificar la transferencia del conocimiento, porque cualquier herramienta que retrasa el acceso al conocimiento trae como consecuencia un costo social. Sin el sistema de patentes o dentro de un sistema que reconozca el derecho de patentes, pero que prevea excepciones relevantes a éste, nos enfrentamos a tres escenarios. Primero, que el inventor deje de inventar. Segundo, que el inventor decida esconder sus innovaciones. Tercero, que el inventor busque medidas contractuales con rigurosos candados, para asegurar la transacción. Como resultado, sin un sistema efectivo de patentes es probable que la sociedad se vea privada del desarrollo tecnológico. Esta posición es compartida por Posner, quien señala que:

The patent laws embody a somewhat similar economizing technique. In their absence inventors would expend substantial resources on preserving the secrecy of their innovations. Their efforts in this direction would generate indirect as well as direct social costs, by retarding the spread of knowledge. By

⁶⁰ Richard A., Posner, "The Social Cost of Monopoly and Regulation", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 4, The Economics of Intellectual Property 4, Volume II, Peter Newman (ed.), 1998.

providing a legal remedy against stealing inventions, the patent laws reduce the level of such expenditures in much the same way as the existence of legal penalties for theft reduces the level of resources that people devote to protecting their property from thieves.⁶¹

Por otro lado, como señalamos anteriormente, no todas las patentes causan un monopolio de mercado. Así, Kitch establece que:

A patent is not usually a monopoly in the sense of price theory- an exclusive right to sell into a market with a downward sloping demand curve. The invention which is the subject of a patent claim is not the same as a product market. Many patents in fact turn out to be worthless because the product or process covered by their claims cannot be profitable exploited in competition with other available alternatives.⁶²

De ahí que algunos expertos en el área hayan concluido que el derecho de patentes y la normativa de competencia, son cuerpos legales complementarios. Gallini y Trebilcock desarrollan esta teoría de la siguiente manera:

Intellectual property embodies information that is a public good: an inventor's consumption of the information does not preclude others from consuming it and so, in the absence of property rights, an innovation will be imitated. In recognition of the public good nature of IP, patent law provides intellectual property rights (IPRs) in innovations; without IPRs, the incentive to invest in innovation would be diminished. The law also recognizes that the dynamic benefits from IPRs come at an allocative cost, in that the use of the innovation will be suboptimal: information is relatively costless to transmit, and its efficient price is therefore zero; exclusionary rights, on the other hand, enable the patentee to set a positive price for the information, thus reducing the output and flow of that information. By giving rights to an innovation that are exclusive but limited in scope and duration, an IPR awarded under patent law attempts to strike the appropriate balance between these competing concerns. Competition law impacts on the exercise of the innovator's rights-and therefore on its reward-by restricting certain practices involving the IPR. [...] IP grant seeks to protect property rights, and, in so doing, limits competition. In contrast, competition law generally reflects the premise that consumer welfare is best served by removing impediments to competition. [...] There is, therefore, a growing willingness to restrict competition today

⁶¹ *Ibidem*, p.21.

⁶² Kitch, Edmund, "Patents", p. 4.

in order to promote competition in new products and processes tomorrow. Thus IPRs and competition policy are now seen as complementary ways of achieving efficiency in a market economy.⁶³

De igual manera, Nuno Pires de Carvalho ha establecido que el vínculo entre los derechos de patentes y la normativa de competencia se da en que los primeros promueven la creación y preservación de la diferenciación de los negocios, a través de la introducción al mercado de nuevos productos, lo que incrementa la competencia, logrando así una reducción de los costos transaccionales.⁶⁴

[P]atent law and antitrust law are complementary legal tools that, from a macro-economic point of view, contribute to establish an efficient environment for the promotion of economic growth and wealth distribution. As explained above, intellectual property is about the protection of entrepreneurs differentials. And differentials only can be relevant in a scenario of rivalry (or the prospect thereof). Therefore, the role of enhancing and promoting the creation of differentials that intellectual property performs only can be achieved if rules that promote and preserve a competitive environment are in place and enforced.⁶⁵

Por tanto, la teoría de que los derechos de patentes causan monopolización es el resultado de una mala comprensión del término monopolio, así como de una concepción distorsionada de la naturaleza exclusiva de los derechos de patentes. De ahí que el sistema de patentes no solo que no origina un monopolio de mercado, sino que es un instrumento legal que promueve la competencia, a través de la variedad de precios y productos, permitiendo así a los individuos a acceder a nuevos desarrollos en todas las áreas.

Consecuentemente, el plantear un régimen de protección para bienes que garantizan derechos fundamentales, en donde se permitan otros usos sin autorización del titular, más allá de las limitaciones y excepciones existentes, puede dar como resultado un debilitamiento del sistema de patentes existente, causando así un impacto negativo a la innovación, dados los costos sociales analizados anteriormente. Más aún cuando estas limitaciones y excepciones adicionales no solo recaerán sobre la inno-

63 Gallini Nancy T.; Trebilcock Michael J. "Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for the Analysis of Economic and Legal Issues", Robert D. Anderson and Nancy T. Gallini (eds.), *Competition Policy and Intellectual Property in the Knowledge Based Economy*, University of Calgary Press, Calgary, 1998.

64 Véase Pires de Carvalho, Nuno, *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information* 18-20, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008.

65 *Ibidem*, p.41.

vacación protegida por el derecho de patentes, sino que “será aplicable también para los derechos que recaigan sobre la información no divulgada y los datos de prueba, sobre productos farmacéuticos y químico- agrícolas”.

En el caso específico de la industria farmacéutica, este planteamiento del Código Ingenios, desconoce las características de la industria, los riesgos y los altos costos y tiempos de inversión. De esta manera, para ejemplificar la complejidad del proceso y sus altos costos, observemos los siguientes datos:

Desde que una compañía empieza a investigar una molécula hasta que la comercializa transcurren de media entre 10 y 15 años. De hecho, llegar a la fase de los ensayos clínicos, la más conocida para el ciudadano, supone unos cuatro años en los que hay que identificar un compuesto prometedor y hacerle las primeras pruebas, básicamente para comprobar su seguridad. Es la investigación básica o preclínica. Solo una de cada 10.000 moléculas estudiadas llega a convertirse en fármaco. [...] Con la autorización de las agencias reguladoras –FDA en Estados Unidos, MA en Europa, AEMPS en España– es cuando empiezan los ensayos clínicos. Otros seis o siete años. Hay un mantra que se repite en la industria: sacar adelante un medicamento cuesta 1.000 millones de dólares. Los datos más actualizados hablan de una inversión total de 1.172 millones de euros.⁶⁶

Por tanto, dadas las características de la industria, sería poco probable que empresas farmacéuticas comercialicen y menos aún produzcan o innoven en el Ecuador, pues este régimen, sumado a la posible ampliación y extensión las limitaciones y excepciones establecidas en el ADPIC, no proporcionan los incentivos ni condiciones para recuperar la inversión. Lo que da como resultado, que las empresas farmacéuticas desarrolladoras de medicamentos migren de nuestro país por no tener las garantías suficientes para la protección de sus innovaciones, colocando así a los ciudadanos en una posición más vulnerable, pues en este escenario el acceso a medicamentos será prácticamente imposible.

Así, de aprobarse el código Ingenios con esta normativa, posiblemente nos estaríamos enfrentando a uno de los escenarios más críticos en lo relacionado con costos sociales, la imposibilidad de satisfacer las necesidades por la inexistencia de los productos.

⁶⁶ Sevillano, Elena G. ¿Cuánto cuesta fabricar un medicamento?. El País, disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2015/03/20/actualidad/1426878852_197737.html

3. Conclusiones

El Código Ingenios constituye una propuesta que va de la mano con la actual perspectiva del sistema de propiedad intelectual, buscar una propiedad intelectual más humana. Sin embargo, en este camino equivoca los medios, así con el objetivo de favorecer los intereses públicos, olvida la estructura y funcionamiento de los mercados, y del sistema de innovación, y promueve una política orientada a satisfacer las necesidades de los consumidores, mas no de los operadores económicos, que son quienes por medio de los inventores promueven la innovación tecnológica.

Un sistema de propiedad intelectual más humano, que satisfaga las necesidades y requerimientos de todos los actores, necesita de equilibrios. De esta manera, se necesita incentivos para inventores y operadores económicos, se precisa utilizar las flexibilidades del ADPIC de forma que se pueda explotar de mejor forma los resultados de la propiedad intelectual, se requiere de una normativa que utilice mecanismos creativos para promover la innovación. El sistema de propiedad intelectual por sí solo no traerá como resultado una mayor investigación y desarrollo, ni inversión extranjera, ni transferencia de tecnología. Se requieren de condiciones en el ambiente de mercado, político, económico y legal (seguridad jurídica). “[...] (T)he significance of intellectual property rights in economic activity differs across countries and depends (1) on the amount of resources countries devote to creating intellectual assets as well as (2) the amount of protected knowledge and information used in production and consumption”.⁶⁷

El Código Ingenios no propone cambios significativos que mejoren las condiciones del actual sistema, los cambios sustantivos son más bien peligrosos porque, como hemos podido ver, hay un alto grado de posibilidades que su impacto afecte negativamente a la innovación. El resto de propuestas planteadas por el Código Ingenios, lejos de promover la innovación, pueden acarrear significativos obstáculos. No todo lo planteado es negativo, mas al analizar el proyecto en su totalidad representa un gran riesgo para la innovación, investigación y desarrollo. Además, del impacto a nivel internacional por implementar una normativa, que si bien promulga su consistencia con el ADPIC, posee fundamentos y bases distintas de éste, ya que puede generar inseguridad jurídica e inestabilidad en el mercado.

Por tanto, los esfuerzos deberían ser orientados a (1) promover la transferencia tecnológica, a través, de la formación del recurso humano, (2) generar incentivos económicos y no económicos a innovadores, la academia, emprendedores y operadores

⁶⁷ Primo Braga, Carlos et. Al., *Intellectual Property Rights and Economic Development* 12, The World Bank, Washington D.C., 2000.

económicos en general, (3) empoderar a los tenedores de conocimientos tradicionales como actores claves del proceso de innovación tecnológica y (4) desarrollar mecanismos legales creativos que permitan un mayor dinamismo del sistema de investigación. La tarea no es fácil, mas la retórica y los fundamentalismos no nos llevan a ningún lado. La promoción del conocimiento debe ser vista como una herramienta para garantizar los derechos fundamentales. No obstante, esto no puede realizarse a través de la limitación de derechos de propiedad intelectual, sino por medio de la activación de los sistemas de innovación, para la generación de más productos, a menor precio que permitan la satisfacción de necesidades y permitan una efectiva difusión del conocimiento, por medio de la divulgación y transferencia tecnológica.

Bibliografía

- Balick, Michael J., Traditional Knowledge: Lessons from the Past, Lessons for the Future, in Biodiversity and the Law, (Charles McManis ed., Earthscan, USA, 2007.
- Biber-Klemm, S.; Cottier T, Right to Plant Genetic Resources And Traditional Knowledge Basic Issues and Perspectives, S.Biber-Klemm & T. Cottier eds., UK, 2006.
- Conde Gutiérrez Carlos Augusto, "Patentando ADN", Revista de la Propiedad Inmaterial No. 15 2011.
- Correa Carlos M., Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Oxford University Press, Great Britain, 2007.
- Dutfield Graham, Protecting Traditional Knowledge: Pathways to the Future, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Switzerland, 2006.
- Gallini Nancy T.; Trebilcock Michael J. "Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for the Analysis of Economic and Legal Issues", Robert D. Anderson and Nancy T. Gallini (eds.), Competition Policy and Intellectual Property in the Knowledge Based Economy, University of Calgary Press, Calgary, 1998.
- Lee Peter, "Patents, Paradigm Shifts, and Progress in Biomedical Science", The Yale Law Journal, Vol. 114, No. 3 (Dec., 2004), The Yale Law Journal Company, Inc., <http://www.jstor.org/stable/4135694> . (acceso 20-04-2016).
- Lewis Walter H. & Ramani Veena, "Ethics and Practice in Ethnobiology: Analysis of the International Cooperative Biodiversity Group Project in Peru", Biodiversity and the Law, Charles McManis (ed.), Earthscan, USA, 2007.
- Long Doris Estelle, "Traditional Knowledge and the Fight for the Public Domain", 5J.MARSHALL REV.INTELL.PROPL., 317-321, 2006.
- McManis, Charles, "Fitting Traditional Knowledge Protection and Biopiracy Claims into the Existing Intellectual Property and Unfair Competition Framework", Intellectual Property and Biological Resources, Burton Ong ed., Marshall Cavendish, Singapore, 2004.
- Nuffield Council on Bioethics, The ethics of patenting DNA. A discussion paper, London, 2002.

Pires de Carvalho Nuno, *From the Shaman's Hut to the Patent Office: A Road Under Construction*, in *Biodiversity and the Law*, (Charles McManis ed., Earthscan, USA, 2007).

____. *The TRIPS Regime of Patent Rights* (Nuno Pires de Carvalho ed., Kluwer Law ed. London, 2003).

____. *Nuno, The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008.

Posner, Richard A., "The Social Cost of Monopoly and Regulation", *The Economics of Intellectual Property 3*, Vol IV, Ruth Towse and Rudi Holzauer (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham-UK, 2002.

Sevillano, Elena G.. ¿Cuánto cuesta fabricar un medicamento? . *El País*, disponible en: http://economia.elpais.com/economia/2015/03/20/actualidad/1426878852_197737.html. (acceso: 05-02-2016).

Straus, J., "Implications of the TRIPs Agreement in the field of patent law", *From Gatt to TRIPs- The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, F.K Beier and G. Schriker (eds.), Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Munich, 1996.

Van Overwallem Geertrui, "Holder and User Perspectives in the Traditional Knowledge Debate: A European View", en *Biodiversity and the Law*, Charles McManis (ed.), Sterling, London, 2007.

Von Lewinski, Silke; Von Hahn Anja, "Indigenous Heritage and Intellectual Property", Silke von Lewinski & Anja von Hahn (eds.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2004.

WIPO, WIPO, *Intellectual Property and Traditional Knowledge 6*, WIPO Publication No. 920 (E), disponible en: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/920/wipo_pub_920.pdf (acceso: 21-04-2016).

WIPO/GRTKF/IC/13/7, of September 18, 2008- "Recognition of Traditional Knowledge within the Patent System".

Legislación, jurisprudencia y directrices

35 United States Code.

Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relaciona-

dos con el Comercio, disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_02_s.htm (acceso: 12-04-2016).

Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación, disponible en http://coesc.educacionsuperior.gob.ec/index.php/C%C3%B3digo_Org%C3%A1nico_de_Econom%C3%ADa_Social_del_Conocimiento_e_Innovaci%C3%B3n (acceso: 11-03-2016).

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

Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. Artículo 3.2 de 6 de julio de 1998.

Ethicon, Inc. vs United States Surgical Corporation, 937 F.Supp. 1015 (United States District Court, D. Connecticut, 9 September 1996).

International Conference on Intellectual Property and Development, Ginebra 7-8 Abril 2016.

Monsanto Co. vs Kamp, 269 F.Supp.818, District of Columbia, District Court, 15 June 1967.

Shields vs Halliburton Co., 667 F.2d 1232 (US Court of Appeals, 5th Circuit, 19 February 1982).

United States Supreme Court. Association for Molecular Pathology et al., Petitioners v .Myriad Genetics, Inc., et al., No. 12-398, 13 de junio de 2013. 2013 WL 2631062.

United States Supreme Court. Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303, 1980.

ADPIC y los Tratados Bilaterales de Inversión: la necesidad de encontrar una armonía en su aplicación¹

Gabriel M. Lentner

Danube University Krems

Sheila E. Proaño

Universidad San Francisco de Quito

Resumen

El presente documento analiza las normas internacionales existentes sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos internacionales de inversión, con especial énfasis en los tratados bilaterales de inversión (TBI) y cómo se relaciona con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El análisis demuestra que los estándares internacionales para la protección de los derechos de propiedad intelectual, después de la adopción del ADPIC, son inconsistentes. En el trabajo se analizan las normas ADPIC-Plus que han repercutido de manera sustancial sobre las flexibilidades previstas en el Acuerdo. En este trabajo se concluye sobre la necesidad de aclarar los parámetros jurídicos internacionales sobre el tema, y de esta manera asegurar la coexistencia armoniosa de las disposiciones acordadas en los TBI y ADPIC.

Abstract

This paper analyzes the current international standards for the protection of intellectual property rights by international investment agreements with particular emphasis on bilateral investment treaties (BITs) and how these relate to TRIPS. It demonstrates that international standards for the protection of intellectual property rights after the entry into force of the TRIPS Agreement remain inconsistent. The TRIPS-plus standards as included in BITs erode the flexibilities provided for in the TRIPS Agreement. In doing so, this paper raises the necessity of clarifying the international legal framework in this respect, in order to allow these two bodies of law to coexist in a harmonious and coherent manner.

Palabras clave: Ley de inversiones internacionales / TRIPS / TRIPS-plus / Tratados bilaterales de inversiones / Licencia obligatoria.

Key words: International Investment Law; TRIPS; TRIPS-plus; Bilateral Investment Treaties; Compulsory Licensing.

¹ Artículo recibido el 25 de abril y aceptado el 17 de junio de 2016

Sumario: 1. Introducción 2. Apreciaciones generales: ADPIC, ADPIC PLUS y sus exclusiones 2.1. Antecedentes Históricos 2.2. Alcance del ADPIC 2.3. Flexibilidades en el ADPIC 2.4. ADPIC Plus 3. Inversión Extranjera Directa 3.1. Acuerdos bilaterales – ADPIC 4. Implementación jurídica del ADPIC y los TBI 4.1. Licencia Obligatoria y ADPIC 4.2. Expropiación bajo los TBI y ADPIC 4.3. Brasil vs. Merck 5. ¿Conflicto entre acuerdos normativos? 6. Conclusiones.

1. Introducción

En el marco del Derecho de Inversiones se defiende que la protección de la propiedad intelectual (PI) no es un fin en sí mismo.² La garantía que se otorga a las creaciones intelectuales sirve como una herramienta para incentivar la innovación y la invención en beneficio de la sociedad.³ Para lograr este objetivo, la regulación planteada tiene que ofrecer una compensación en relación a la protección de incentivos para los actores del mercado y el acceso del público mediante la difusión de las innovaciones y creaciones.⁴ Este balance que la normativa debe crear, se ve reflejado mediante la limitación de los derechos exclusivos concedidos a los innovadores y creadores por un tiempo determinado. En el marco del Derecho Internacional de Inversiones ha surgido una discusión importante en cuanto al alcance de la protección que un Estado debe brindar a los inversores extranjeros.

Esta protección ha tenido una importante evolución, es así que en el año 1868 se creó la Doctrina Calvo, la cual sostiene que los Estados receptores de inversión no se encuentran en la obligación de conferir beneficios adicionales a los inversores extranjeros.⁵ Además dice que en caso de surgir una controversia, los inversionistas extranjeros solo podrán recurrir a los organismos de solución de conflicto que prevé el Estado receptor.⁶ Esta teoría fue adoptada en su mayoría por los países latinoamericanos. Sin embargo, hoy en día parece haber perdido fuerza ante el innegable posicionamiento de los tratados bilaterales de inversión (TBI), así como los tratados multilaterales.

Los documentos internacionales en materia de inversión han dado especial importancia a la protección de los derechos de propiedad intelectual, recogido en varios documentos, el presente trabajo analiza el Acuerdo sobre los Aspectos de los De-

2 Cottier, Thomas; Germann, Christophe, "TRIPS, art. 7", *Concise international and European IP law: TRIPS, Paris Convention, European enforcement and transfer of technology*, Cottier, Th.; Véron, P. (eds), Kluwer Law International, Virginia, 2008; Ruse-Khan, Henning Grosse, "Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2011, No. 11-02, p. 3.

3 Ruse-Khan, Henning Grosse. "Protecting Intellectual Property", p. 3.

4 *Ibidem*

5 Shan, Wenhua, "Is Calvo Dead?", 55 *The American Journal of Comparative Law*, 2007, pp. 123-163.

6 *Ibidem*

rechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que es considerado un documento fundamental en el tema de inversiones. Los antecedentes históricos muestran un tema que continúa siendo polémico en las relaciones políticas entre los Estados, ya que muchos países en desarrollo consideran que la implementación del ADPIC fue impuesto por sus socios comerciales económicamente más poderosos. Entre las posturas que se plantean sobre el tema se refleja que “el sistema actual se encuentra excesivamente al servicio de los intereses económicos individuales de los titulares los cuales en la mayoría de los casos son empresas multinacionales, y de esta forma se estaría amparando los intereses de países económicamente desarrollados.”⁷ Contrario a esta postura, se expuso que la implementación de una mejor protección en el tema de propiedad intelectual en los países en desarrollo podría conducir a una mayor inversión extranjera directa (IED)⁸, que a su vez conllevaría al desarrollo de la innovación local. Este argumento fue impulsado por el grupo de empresarios que asistió a la Ronda de Uruguay, representando un porcentaje significativo de los inversores de IED.⁹ En los estudios publicados por el Banco Mundial, se refleja que mientras más altos sean los niveles de protección en temas de propiedad intelectual, mayor será la inversión extranjera¹⁰. Ante esta postura, se han presentado posiciones contrarias para determinar que las ventajas que se expusieron en las reuniones no benefician en su totalidad a ciertos países.

El Derecho debe adaptarse rápidamente a los cambios existentes, pues éste “viene condicionado por la realidad social, pre-jurídica, subyacente, al que aquél se limita a dar respuesta normativa, ordenadora de conductas, y solución a los conflictos de intereses que dicha realidad presenta”.¹¹ De esta manera, el derecho de propiedad intelectual tiene que estar acorde a los cambios y evolución de la tecnología, pero sin dejar de lado la realidad social de los Estados receptores de la inversión extranjera. Se crea una necesidad por encontrar una solución para proteger los derechos envueltos en el ámbito de propiedad intelectual bajo el argumento de los altos costos incurridos en la creación de nuevas tecnologías. Así también se discute la existencia de otros instrumentos internacionales y acuerdos entre Estados sobre los derechos de propiedad intelectual, de aquí nace una dificultad al momento de interpretar las normas en cada caso.

7 Schmitz Vaccaro, Christian, “Propiedad Intelectual, Dominio Público y Equilibrio de Intereses”, 36 *Revista Chilena de Derecho*, 2009, pp. 343–367.

8 Gervais, Daniel, “Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 1994”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Wolfrum R. (ed), Oxford University Press, Oxford, 2011.

9 *Ibidem*

10 *Ibidem*

11 Rivero Hernández, Francisco, “Familia y Cambio Social: Notas Críticas”, *Anuario de Derecho Civil. Núm. LIII-3*, 2000, pp. 1074-1093.

En el presente documento se expone la discusión en el marco del Derecho Internacional de Inversiones sobre el conflicto entre las normas del ADPIC y las estipulaciones expresadas en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), surgiendo la importancia de crear un marco normativo internacional que permita la coexistencia armoniosa de estos dos instrumentos. El trabajo está dividido en tres partes, la primera describe de manera general los puntos más sustanciales del Acuerdo y de los TBI. La segunda, expone una discusión de los efectos en la inversión extranjera directa y la tercera parte describe el conflicto que surge de los instrumentos y su impacto en los derechos de propiedad intelectual, para lo cual se analiza el caso específico de las licencias obligatorias.

2. Apreciaciones generales: ADPIC, ADPIC PLUS y sus exclusiones

2.1. Antecedentes Históricos

Los países industrializados han adoptado un rol predominante en la consecución de una normativa eficaz que proteja los derechos de propiedad intelectual. El nivel de protección de estos derechos no era unánime en todos los países, pues dependían de cada Estado para su regulación, a medida que la propiedad intelectual comenzó a tomar fuerza en el ámbito comercial, surgió una tensión importante en las relaciones económicas internacionales.¹² Es así que en la década de 1980 y principios de 1990, los países desarrollados establecieron como prioridad la regulación de estos derechos.¹³

El esfuerzo por parte de los Estados involucrados por establecer un marco normativo culminó con la adopción de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), mismo que establece las normas mínimas de protección de las diversas categorías de propiedad intelectual con respecto al comercio.¹⁴ La Organización Mundial del Comercio ha categorizado este documento como el “[...] acuerdo multilateral más completo sobre propiedad intelectual.”¹⁵ En el mismo, se reguló que los Estados miembros no pueden establecer protecciones inferiores a los estándares promulgados,¹⁶ así como tampoco serían obligados a

¹² Organización Mundial del Comercio, “Propiedad Intelectual: protección y observancia”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm (acceso: 9/06/2015).

¹³ Grossman, Gene M.; Lai Edwin L.-C., “International Protection of Intellectual Property”, CESIFO Working Paper, No. 790, 2002, p. 1.

¹⁴ Organización Mundial del Comercio, “Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm (acceso: 7/10/2015).

¹⁵ Organización Mundial del Comercio, “Acuerdo sobre los ADPIC: visión general”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel2c_s.htm (acceso: 9/10/2015).

¹⁶ El Centro del Sur, ADPIC, *una guía para el Sur*, Ksero-Graw & Poli- Druk Katowince, Ginebra, 1997.

adoptar garantías superiores a las establecidas conforme lo menciona el artículo 1 del ADPIC.¹⁷

Es importante aclarar que el Acuerdo, que entró en vigencia el primero de enero de 1995, no es un instrumento individual, “es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994”.¹⁸ De aquí surge la duda del por qué el documento fue adoptado dentro de un organismo relacionado con el comercio, y no fue discutido dentro de los organismos internacionales que ya habían sido fundados específicamente para el tema de propiedad intelectual, como es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), creada mediante el Acuerdo de Estocolmo en 1967.¹⁹ Existen varias hipótesis, sin embargo la más concordante con los sucesos de la época se relacionaba a la posibilidad de establecer represalias comerciales a los Estados que incumplieran con los parámetros acordados.²⁰ Además de este tema que llama la atención, existen otros como la capacidad de negociación de los países menos desarrollados por la carencia de especialistas en ciertas áreas.²¹ Así también se critica la adopción de los temas que constarían en la Agenda de las reuniones, que en un principio se aprobó en Punta del Este en 1986 meramente para discutir los temas relacionados con el comercio de productos que infringían marcas o patentes; sin embargo, por presión de los países industrializados se adoptaron los temas para las negociaciones en los aspectos más amplios de la propiedad intelectual.²²

2.2. Alcance del ADPIC

El Acuerdo sobre los ADPIC, en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), proporciona elementos normativos para la protección de los derechos de propiedad intelectual²³. Al analizar el tratamiento internacional de PI, se refleja que los tratados internacionales que regulan estos derechos establecen sólo normas mínimas para su protección²⁴, y el Acuerdo en mención no fue la excepción. Se incluye, entre otros temas, los principios del trato de nación más favorecida y trato nacional,

¹⁷ *Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*, 1995, Artículo 1.

¹⁸ Organización Mundial del Comercio, “Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm (acceso: 7/10/2015).

¹⁹ *Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* 1967, Artículo 1.

²⁰ El Centro del Sur, ADPIC, *una guía para el Sur*, 1997, p. 7.

²¹ *Ibidem*

²² *Ibidem*, pp. 8-10.

²³ Thomas, Cottier; Pierre Véron, “Introduction”, *Concise International and European IP law: TRIPS, Paris Convention, European enforcement and transfer of technology*, 2008.

²⁴ Busche, Jan, “Das TRIPS-Übereinkommen im Überblick”, *TRIPS: Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums*, Busche, J.; Stoll, P.-T. (eds), Carl Heymanns Verlag, Köln, 2007, p. 15.

en materia de derechos de propiedad intelectual “toda ventaja o privilegio que conceda un Miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros”,²⁵ de esta manera se evita la existencia de cualquier tipo de discriminación.

El instrumento multilateral, regula un sinnúmero de temas, dentro de los cuales se encuentra los derechos de autor y los derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, modelos industriales, patentes, esquemas de trazado de los circuitos integrados, incluyendo temas de competencia como es el control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales.²⁶

El ADPIC recopila temas que ya existían en otros instrumentos internacionales como era el Convenio de París de 1883 enfocado en la regulación de temas de propiedad industrial,²⁷ y el Convenio de Berna de 1886 encaminado a proteger obras literarias y artísticas.²⁸ Es así que inclusive dentro de los artículos que norman los temas del ADPIC se hace referencia a estas dos convenciones:

con excepción de las disposiciones del Convenio de Berna sobre los derechos morales, todas las principales disposiciones sustantivas de esos Convenios se incorporan por referencia al Acuerdo sobre los ADPIC y se convierten así en obligaciones para los países Miembros de dicho Acuerdo. [...] el Acuerdo sobre los ADPIC añade un número sustancial de obligaciones en aspectos que los convenios antes existentes no tratan o tratan de modo que se consideró insuficiente. Así pues, a veces se llama al Acuerdo sobre los ADPIC el Acuerdo de Berna y de París ampliado.²⁹

Con respecto a las obligaciones de los Estados, el documento establece que los procedimientos de observancia deberán permitir la adopción de medidas eficaces ante cualquier infracción, estos procesos deben implementarse de tal manera que no se constituya en una interrupción al comercio legítimo.³⁰ Así también se recalca la importancia de las garantías procesales, sin embargo se deja en claro que en cuanto a la observancia de los preceptos del tratado no es necesario instaurar un sistema judicial

25 Abarza, Jacqueline; Katz, Jorge, *Los derechos de propiedad intelectual en el Mundo de la OMC*, Santiago, 2002, disponible en: <http://portal.concytec.gob.pe/images/stories/images2012/portal/areas-institucion/dag/curso-politicas-cte/propiedad-intelectual/1.pdf> (acceso: 4/10/2015).

26 Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

27 Convenio de París, 1883.

28 Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, 1886.

29 Organización Mundial del Comercio, “Acuerdo sobre los ADPIC: visión general”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel2_s.htm (acceso: 29/09/2015).

30 *Ibidem*

distinto al existente en cada país, “ni afecta a la capacidad de los Miembros para hacer observar su legislación en general”.³¹

Parecería que el documento cubre todos los temas importantes de la propiedad intelectual, sin embargo, se omitieron ciertos aspectos que debieron ser integrados. Entre ellos resalta la carencia de una regulación sobre el conocimiento ancestral y el folclore, se han intentado establecer parámetros para regular este tema, es así que en la Declaración de Doha se encomienda al Consejo de los ADPIC para que examine entre otras cosas “la relación entre el Acuerdo de los ADPIC y la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore”.³²

La importancia de mencionado tema viene especialmente para los países en desarrollo, “las modalidades de titularidad de los conocimientos tradicionales, el interés cultural, científico, y comercial de esos conocimientos, las posibilidades de fructíferas colaboraciones en la investigación y el desarrollo, y el riesgo de utilización abusiva de esos conocimientos, no son cuestiones que se plantean únicamente dentro de las fronteras nacionales [...]”³³

Otro tema importante que no se incluye es el tema del agotamiento de los derechos, que también es conocida como la “doctrina de la primera venta”, se refiere a que posterior de la primera venta del bien, el titular de los derechos de propiedad intelectual no se encuentra facultado para solicitar, mediante acciones de PI, la interrupción de la comercialización del producto.³⁴ Esta primera venta debió haber sido realizada por el propietario del titular de PI, o por un tercero autorizado.³⁵ La doctrina hace también alusión a la falta de inclusión de la protección de las obtenciones vegetales, que es recogido en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales adoptado en París en 1961.³⁶

De la misma manera, nada se regula acerca de los derechos morales en el campo de los derechos de autor, esto porque los países desarrollados cuyo sistema se rige por el common law no los contempla dentro de sus legislaciones.³⁷ A pesar de haber

31 *Ibidem*

32 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales - Folleto N° 2”, disponible en: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/920/wipo_pub_920.pdf (acceso: 11/10/2015).

33 *Ibidem*

34 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Seminario Regional de la OMPI para algunos países de América Latina y del Caribe sobre la implementación y el uso de ciertas flexibilidades en materia de patentes”, disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_bog_12/wipo_ip_bog_12_ref_u14a_cadena.pdf (acceso: 3/10/2015).

35 *Ibidem*

36 Rodríguez Perozo, Nadiafna, “El acuerdo de los derechos de Propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) y las normas ADPIC Plus”, *Revista de Derecho Escuela de postgrado*, No 1, 2011.

37 *Ibidem*

faltado cierto temas, se observa la intención de materializar todos los derechos de propiedad intelectual en un solo documento internacional.

2.3. Flexibilidades en el ADPIC

El Acuerdo sobre los ADPIC permite ciertas exclusiones y flexibilidades para asegurar que sus obligaciones no obstaculicen indebidamente importantes objetivos de política pública.³⁸ Esto significa que los miembros de la OMC conservan un margen de actuación para la ejecución de sus obligaciones en virtud del Acuerdo.³⁹ Por ejemplo, el Art 27 (2) y (3), establece que los Estado miembros podrán evaluar qué temas podrían ser patentables o no, conforme al análisis de ciertos temas relacionados con el orden público, moralidad, e incluso un tema sustancial que llama la atención es la inclusión en temas de la salud o la vida de las personas o de los animales para preservar los vegetales o evitar daños al medio ambiente.⁴⁰ Bajo esta premisa, el Artículo 30 menciona que los miembros de la OMC pueden crear excepciones a la concesión de derechos de patente, siempre que ello no perjudique indebidamente los intereses del titular.⁴¹ Por otra parte, el artículo 31 prevé la concesión de licencias obligatorias de patentes, sujeto a ciertas condiciones, cuando esté envuelto el “interés público” o una “emergencia nacional”.⁴² El Artículo 40 impide las prácticas anticompetitivas que pueden impedir la transferencia de tecnología. El artículo 66 establece un período de gracia para los países menos desarrollados, durante el cual no se tienen que aplicar ciertas obligaciones de los ADPIC.

El concepto de flexibilidades de los ADPIC se ve apoyado por las reglas de interpretación del derecho internacional público codificadas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Mediante el cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin.”⁴³ Los objetivos y principios del Acuerdo sobre los ADPIC se ven reflejados en los artículos 7 y 8, que si bien no son de carácter obligatorio, tienen una función de establecer los parámetros jurídicos del Acuerdo. Estos dos artículos son cruciales para la interpretación de las disposiciones de los ADPIC a fin de asegurar que los resultados que devienen de la

³⁸ Smith, Van, “Enabling Environments or Enabling Discord: Intellectual Property Rights, Public-Private Partnerships, and the Quest for Green Technology Transfer”, 42 *Georgetown Journal of International Law*, 2011, p. 832-833.

³⁹ Ver también WTO, “Philosophy: TRIPS Attempts to Strike a Balance”, disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm01_e.htm (acceso: 10/10/2015)

⁴⁰ *Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, 1995, Artículo 27.

⁴¹ *Ibidem*

⁴² *Ibidem*

⁴³ En virtud de Art.3 (2) del *Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC*, esta regla de interpretación de los tratados guía la interpretación de todos los acuerdos de la OMC.

aplicación del documento sean favorables a los objetivos de la innovación y la difusión de información protegida por derechos de propiedad intelectual⁴⁴. Esto, desafortunadamente, no ha recibido pleno apoyo en la jurisprudencia de la OMC.

Cabe señalar que estas flexibilidades se deben a la necesidad de cada país para adaptar su aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC con miras a la integración de los objetivos nacionales de innovación y de desarrollo. Las excepciones y limitaciones no se encuentran regulados en su totalidad por los ADPIC (con excepción de las licencias obligatorias de patentes y algunos otros temas), aunque muchos están sujetos a un análisis de tres etapas.⁴⁵ Esta prueba impone tres condiciones en los estados miembros de la OMC que desean introducir las excepciones y limitaciones al derecho de autor, marca registrada, diseño o derechos de patente en su legislación nacional. En esencia, esas condiciones son que la excepción o limitación debe ser (a) en casos especiales; (b) que no atente a la explotación normal de la obra u objeto protegido; y (c) que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho.⁴⁶ Así también, la OMC ha ampliado las exenciones existentes que permite a los Estados miembros imponer licencias obligatorias (licencias emitidas por el Estado para utilizar un derecho de propiedad intelectual), esta medida fue usada para abordar los principales problemas de salud, incluyendo las pandemias de VIH en el año 2003⁴⁷.

Estas flexibilidades de los ADPIC se han destacado sobre todo en el contexto de la salud pública y los derechos humanos por parte de diversas instituciones, responsables políticos, y organizaciones no gubernamentales.⁴⁸ Sin embargo, muchas de estas flexibilidades están siendo restringidas en los llamados ADPIC-Plus, acuerdos de inversión bilaterales y regionales, lo que conlleva a la existencia de un conflicto legal al momento de su aplicación.

44 Cottier, Thomas; Germann, Christophe, "TRIPS, art. 7", *Concise international and European IP law: TRIPS, Paris Convention, European enforcement and transfer of technology*, Cottier, Th.; Véron, P. (eds), Kluwer Law International, Virginia, 2008, pp. 29, 32.

45 Gervais, Daniel, "Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 1994", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Wolfrum R. (ed), Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 2. Para el "Test de los tres pasos" ver: Kennedy, Mathew, "The 'Three-Step Test' and the Burden of Proof in Disputes Under the TRIPS Agreement", *45 International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014, pp. 161-177.

46 Gervais, Daniel, "Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 1994", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Wolfrum R. (ed), Oxford University Press, Oxford, 2011, para. 2.

47 *Ibidem*

48 Ruse-Khan, Henning Grosse, "The International Law Relation between TRIPS and subsequent TRIPS-plus Free Trade Agreements: Towards safeguarding TRIPS Flexibilities?", *18 Journal of Intellectual Property Law*, 2011, p. 327.

2.4. ADPIC Plus

El término de ADPIC Plus, ha sido recogido por la doctrina y se refiere a “todas aquellas normas o disposiciones que tienden a elevar los estándares de protección contenidos en el acuerdo sobre los ADPIC.”⁴⁹ La doctrina ha expuesto la forma mediante la cual se crea los ADPIC Plus, dentro de los cuales se encuentran el establecimiento de normas beneficiosas dentro de la propiedad intelectual que no se encuentran dentro del documento, también nacen de los acuerdos o cediendo al momento que se requiera una interpretación de las normas establecidas, y un tema sustancial es mediante los tratados de libre comercio bilaterales.⁵⁰ A continuación analizaremos como la inclusión de estos acuerdos entre países se relaciona con la afectación o no de la inversión extranjera directa.

3. Inversión Extranjera Directa

3.1. Acuerdos bilaterales - ADPIC

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) en general protegen a inversionistas de un Estado dentro del territorio de otro. Se implementan normas que rigen el trato que el Estado receptor debe considerar en cuanto a la inversión y al establecimiento de mecanismos de solución de controversias aplicables a las presuntas violaciones de esas reglas.⁵¹ Dentro de los TBI se extienden varios derechos para el inversionista como es el derecho a un trato justo y equitativo o, inclusive el derecho a una indemnización en caso de expropiación para asegurar las inversiones.⁵² Los acuerdos de inversión han sido considerados por algunos países en desarrollo como un instrumento para atraer a la inversión extranjera.⁵³ Por lo tanto, los tratados bilaterales de inversión se encuentran dentro de las áreas de más rápido crecimiento del derecho internacional. En la actualidad existen un estimado de tres mil TBI en todo el mundo⁵⁴, junto con varios acuerdos multilaterales entre Estados, incluyendo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁵⁵, El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y

49 *Ibidem*

50 *Ibidem*

51 Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

52 Rutledge, Peter B. ‘TRIPS and BITS: An Essay on Compulsory Licenses, Expropriation, and International Arbitration’ 13 *North Carolina Journal of Law & Technology*, 2012, p. 158.

53 Correa, Carlos M., “Bilateral Investment Agreements: Agents of new global standards for the protection of intellectual property rights?”, *GRAIN Reports*, 2004, p. 3.

54 Un análisis pormenorizado de los tratados puede encontrarse en los documentos del Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones (CIADI), disponible en: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx> (acceso: 5/10/2015).

55 Sistema de Información de Comercio Exterior. ‘Tratado de Libre Comercio de América del Norte’, disponible en: http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp (acceso: 4/10/2015).

los Estados Unidos (CAFTA)⁵⁶, y los acuerdos comerciales firmados con la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN)⁵⁷, entre otros. La protección de la inversión extranjera, a través de los tratados internacionales, es considerado como uno de los éxitos jurídicos internacionales⁵⁸.

Ahora bien, lo expuesto entra al tema de análisis para determinar la relación que tienen los acuerdos comerciales y de cooperación con el tema de propiedad intelectual y en el desarrollo en ciertos casos de los ADPIC Plus. A manera de ejemplo, en el primer tratado bilateral de inversión existente, suscrito entre la República Federal de Alemania y Pakistán en 1959⁵⁹, ya se hizo alusión a los derechos de propiedad intelectual, en el cual se recogió una definición de la protección de la inversión donde se incluyeron “activos tales como [...] las patentes y conocimientos técnicos.”⁶⁰ Aunque los acuerdos de inversión normalmente no incluyen regulaciones detalladas sobre los derechos de PI, éstos incorporan una definición amplia del término “inversión” que generalmente cubre tales derechos, de esta manera se puede concluir que los TBI generalmente protegen los derechos de propiedad intelectual como inversión protegida.⁶¹ En un estudio realizado en 119 países en desarrollo entre los años 1970 y 2001 se establece que, en efecto, la inversión extranjera directa aumenta en países que han suscrito tratados bilaterales de inversión, sin embargo no se puede dejar de lado la seguridad jurídica y el ambiente económico en cada país.⁶²

La interpretación en cuanto al impacto positivo o negativo en relación a la inversión extranjera directa no es absoluta. Para Nogués y Finger, la implementación de normativa en el tema de propiedad intelectual no necesariamente contribuyen a una inver-

56 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “DR-CAFTA: aspectos relevantes seleccionados del Tratado y reformas legales que deben realizar a su entrada en vigor los países de Centroamérica y la República Dominicana”, disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/5001-dr-cafta-aspectos-relevantes-seleccionados-del-tratado-y-reformas-legales-que> (acceso: 4/10/2015)

57 China Briefing. “Por qué la ASEAN es importante para su estrategia de negocios en Asia”, disponible en: <http://www.china-briefing.com/news/2013/02/23/por-que-la-asean-es-importante-para-su-estrategia-de-negocios-en-asia.html#sthash.pB8k5yL5.dpuf> (acceso: 4/10/2015).

58 Simma, Bruno, “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?”, 60 *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 574.

59 Dolzer, Rudolf; Stevens, Margrete, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995, p. 267.

60 IISD, “Federal Republic of Germany and Pakistan Treaty for the Promotion and Protection of Investment”, disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf (acceso: 3/10/2015).

61 Bole, Bertram, “The Protection of Intellectual Property Rights through Bilateral Investment Treaties: Is there a TRIPS-plus Dimension?”, 19 *NCCR trade regulation Working Paper*, 2010, p. 33. Vid. Lavery, Rachel, “Coverage of Intellectual property Rights in International Investment Agreements: An Empirical Analysis of Definitions in a Sample of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements”, 6 *Transnational Dispute Management*, 2009, pp. 4-7 y Annex 1.

62 Neumayer, Eric; Spess, Laura. “Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment?”, *World Development*, 33 (10), 2005.

sión extranjera directa.⁶³ Se analizó el caso de Argentina, donde se demostró que el crecimiento en la inversión extranjera directa fue mayor en los sectores de servicios que no estaban sujetos al ADPIC, que en aquellos en los que estaba obligado. El estudio manifestó la existencia de un incremento de cerca de 13 billones de dólares.⁶⁴ Los factores clave en la atracción de inversión extranjera fueron la estabilización macroeconómica y seguridad jurídica, que vinieron amparados por los tratados bilaterales de inversión estableciendo beneficios económicos enfocados a los porcentajes de participación, remesas de capital y utilidades, condiciones de empleo.⁶⁵ De la misma manera, los resultados empíricos de un estudio realizado por Smarzynska⁶⁶ demuestran que la protección en la propiedad intelectual incide en las probabilidades para que exista inversión extranjera cuando se analizan los casos en el ámbito de alta tecnología, pero no en otras industrias. A pesar de estas dos tesis contrarias, hay que resaltar la importancia que el tema de IED tiene al momento de negociar y acceder a los parámetros establecidos en acuerdos internacionales.

4. Implementación jurídica del ADPIC y los TBI

En la doctrina clásica del Derecho se establece claramente la diferencia entre validez y eficacia de una norma, de esta manera se considera válida si fue creada conforme los preceptos jurídicos lo disponen, sin embargo, sólo será eficaz si ésta es aplicada.⁶⁷ Lo que se pretende con el ADPIC es justamente aquello, lograr la eficacia de las normas establecidas a través de la armonía en la interpretación de otros instrumentos. Al ser el ADPIC un documento internacional cuyo fin fue abarcar en su mayoría los temas de propiedad intelectual, resulta complejo realizar un análisis de cada tema y su afectación, es por ello que centramos la presente sección en las licencias obligatorias que ha sido objeto de mayor estudio por la doctrina y que ayudará a esclarecer si el ADPIC y los TBI pueden coexistir en el campo jurídico.

4.1. Licencia Obligatoria y ADPIC

Como hemos expuesto en secciones anteriores, la licencia obligatoria es una de las flexibilidades que permite el ADPIC⁶⁸ aplicable a patentes y se configura cuando las

63 Finger, J. M.; Nogués, Julio J., *The Unbalanced Uruguay Round Outcome*, World Bank Publications, 2001.

64 *Ibidem*

65 *Ibidem*

66 Smarzynska, Beata K. "Composition of Foreign Direct Investment and Protection of Intellectual Property Rights: Evidence from Transition Economies", disponible en: http://www.iatp.org/files/Composition_of_Foreign_Direct_Investment_and_P.htm

67 Kelsen, Hans, "Validez y eficacia de la norma", disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1956/10.pdf> (acceso: 2/10/2015)

68 Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (1995). Artículo 31.

autoridades de un país conceden una licencia a terceros diferentes del titular de la patente⁶⁹. De esta manera, se puede usar los derechos otorgados que incluyen el fabricar, usar, vender, o importar un producto patentado o un producto fabricado mediante un proceso patentado, sin el permiso de su titular.⁷⁰ “Desde enero de 1995, fecha de la entrada en vigor general del Acuerdo sobre los ADPIC, al menos 12 países en desarrollo y países menos adelantados (PMA) han concedido licencias obligatorias o han determinado el uso público no comercial [...] de las patentes”.⁷¹ El uso de éstas licencias se ha visto aplicadas en su vasta mayoría en temas de fármacos. La doctrina ha sido exhaustiva al momento de relacionar el ADPIC con el derecho de salud, puesto que se ha considerado que:

[...] los medicamentos desempeñan un papel social de importancia, en la medida en que son parte integral del logro de un derecho humano fundamental, el derecho a la salud. De ahí que se clasifiquen como bienes esenciales, para subrayar que deben ser accesibles para todas las personas.⁷²

El tema ha sido recogido por diversas corrientes de la doctrina,⁷³ argumentando la limitación a los derechos de propiedad intelectual por razones de salud pública, por lo que no es necesario profundizar en las razones expuestas en el documento. En lo que respecta a nuestro trabajo, presentamos la discusión del tratamiento que la otorgación de las licencias obligatorias tiene en el marco de los acuerdos de inversión bajo el ámbito de los TBI.

4.2. Expropiación bajo los TBI y ADPIC

Las disposiciones sobre los derechos de propiedad intelectual en los TBI establecen la aplicabilidad de la norma de expropiación⁷⁴. Esto tiene un impacto significativo sobre el funcionamiento del derecho de propiedad intelectual, puesto que a través de una licencia obligatoria, la autoridad gubernamental interfiere directamente en una patente de propiedad privada, para autorizar su uso por el gobierno o por terceras

69 Organización Mundial del Comercio, “Glosario de Términos”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/licencia_obligatoria_s.htm (acceso: 3/10/2015)

70 *Ibidem*

71 El Centro del Sur, “El Uso de Licencias Obligatorias en América Latina”, disponible en: <http://es.southcentre.int/question/el-uso-de-licencias-obligatorias-en-america-latina/> (acceso: 3/10/2015)

72 Organización Mundial de la Salud, “Globalización y acceso a los medicamentos. Perspectivas sobre el Acuerdo ADPIC/OMC”, *Serie Economía de la salud y medicamentos*, No. 07, segunda edición.

73 Ver también Silva, Alberto Cerda, “Licencias obligatorias por razones de salud pública en Chile. Un análisis comparativo con el acuerdo sobre el Adpic”, 16 *Revista Ius et Praxis*, 2010, pp. 331-352.

74 Ruse-Khan, Henning Grosse, “Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?”, 11 *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2011, p. 3.

partes, bajo ciertos términos⁷⁵. En particular, la noción amplia y basada en efectos de expropiación indirecta en relación a la protección de la inversión internacional, permite a los titulares de derechos de propiedad intelectual extranjeros la posibilidad de impugnar las medidas estatales que limitan la explotación comercial de sus bienes o servicios protegidos mediante derechos de propiedad intelectual⁷⁶. Esto también podría afectar a otras excepciones y limitaciones a estos derechos, tales como “derechos negativos” y el principio de agotamiento del derecho, los cuales son límites de protección de PI aceptados internacionalmente.⁷⁷ Surge una discusión basada en si las disposiciones de expropiación en virtud de acuerdos internacionales de inversión bilaterales restringen de alguna manera la emisión de licencias obligatorias o revocación de patentes; también se discute si éstas interfieren con la protección de los intereses públicos, como la salud.⁷⁸ Este elemento es sustancial en el análisis puesto que el ADPIC “consagra en el derecho internacional público el derecho de los gobiernos a adoptar diversos tipos de medidas que matizan o limitan los derechos de propiedad intelectual, incluso por motivos de salud pública,”⁷⁹ el análisis se presenta a continuación.

Las preguntas que nos planteamos se enfocan en ¿cuál es la relación entre las licencias obligatorias en virtud de los ADPIC y la protección contra la expropiación bajo los TBI? ¿el otorgamiento de una licencia obligatoria, bajo los preceptos del ADPIC no se considera una expropiación indirecta bajo un TBI? Por otro lado, ¿si una licencia obligatoria no es compatible con los ADPIC, es automáticamente una expropiación?

Debido al amplio significado de lo que llamamos “expropiación indirecta”, resulta difícil un análisis más preciso del impacto que esta norma tiene sobre la flexibilidades de los ADPIC.⁸⁰ En general, la expropiación indirecta o “de facto” tiene lugar cuando las medidas expropiatorias, aunque no se ejecuta como una confiscación directa de la propiedad, tienen el efecto equivalente de la misma, privar al dueño de los beneficios sustanciales de su propiedad.⁸¹ Para responder a los cuestionamientos planteados

75 Gibson, Christopher, “A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation”, 25 *American University International Law Review*, 2010, p. 361.

76 Ruse-Khan, Henning Grosse, “Protecting Intellectual Property”, p. 3.

77 *Ibidem*

78 Liberti, Lahra, “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An overview”, 1 *OECD Working Papers on International Investment*, 2010, p. 6.

79 Organización Mundial del Comercio. *Explicación de la declaración de Doha relative a los ADPIC*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/healthdeclxpln_s.htm (acceso: 23/04/2015)

80 Ruse-Khan, Henning Grosse, “Protecting Intellectual Property”, p. 3.

81 Ruzza, Alice, “Expropriation and Nationalization”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Wolfrum, R. (ed), Oxford University Press, Oxford, 2013, para. 13; vid. Hoffmann, Anne K., “Indirect Expropriation”, *Standards of Investment Protection*, Reinisch, A. (ed), Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 151-171; Reinisch, August, “Expropriation”, *The Oxford*

tomamos como fuente de análisis el Modelo de Tratado Bilateral de expropiación recogido por los Estados Unidos, cuyo artículo 6 establece que:⁸²

Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo: (a) por causa de utilidad pública; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva; y (d), de conformidad con el debido proceso de la ley y en base a lo recogido en el artículo 5 (1), (2) y (3) “[traducción propia]

La segunda situación abordada por el Artículo 6 [Expropiación e indemnización] (1) es la expropiación indirecta, cuando un recurso o una serie de actos tienen un efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título o confiscación directa.

(a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación caso por caso basado en hechos que considere entre otros factores: (i) el impacto económico de la acción gubernamental, aunque el hecho de que una acción o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que se ha producido una expropiación indirecta; (ii) el grado en que la acción del gobierno interfiere con expectativas de inversión inequívocas y razonables; y (iii) el carácter de la acción gubernamental⁸³.

(b) Salvo en circunstancias excepcionales, los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas⁸⁴.

De esta manera demostramos el alcance y la magnitud del impacto en la ejecución de las flexibilidades de los ADPIC bajo la esfera del valor económico de la patente.⁸⁵ En cuanto a las licencias obligatorias, el cumplimiento de la obligación en virtud del artículo 31 sobre los ADPIC para proporcionar una compensación económica adecuada,

Handbook of International Investment Law, Muchlinski, P; Ortino, F; Schreuer, Ch. (eds), Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 421ff.

82 US Model of Bilateral Treaty, disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (acceso: 10/10/2015)

83 *Ibidem*

84 *Ibidem*

85 Ruse-Khan, Henning Grosse, “Protecting Intellectual Property”, p. 3.

en la mayoría de casos excluye el valor económico real de la patente⁸⁶, perjudicando así a su titular. Ahora bien es importante aclarar si el otorgamiento de una licencia obligatoria puede ser considerada como expropiación, el punto se analiza conforme al estudio de un caso concreto.

4.3. Brasil vs. Merck

Para el año 2000, los datos del Banco Mundial reflejaban que más de un millón de personas tendrían VIH en Brasil.⁸⁷ Es así que el Estado se vio en la necesidad de tomar medidas dentro de las cuales se establecía la subvención de estos medicamentos a precios accesibles al público, esto conllevó a la negociación con la empresa de farmacéuticos Merck. En vista de que las negociaciones no resultaron fructuosas a los intereses del país, el gobierno usó la estrategia de la licencia obligatoria. En cuanto a nuestro análisis respecta, llama la atención el argumento usado por la farmacéutica, al establecer que existió una expropiación de propiedad intelectual.⁸⁸ Para doctrinarios como Feldman,⁸⁹ la discreción permitida en cuanto a la aplicación de las normas del ADPIC en el caso mencionado es preocupante, debido a que previo a que se expida la licencia obligatoria, la farmacéutica había acordado reducir su precio en un 30%, propuesta que no fue aceptada por el Estado.⁹⁰ Ahora bien, este caso tuvo un efecto en el TBI, debido a que Estados Unidos colocó a Brasil dentro de la Lista de Vigilancia Prioritaria,⁹¹ el efecto que esto causa en las inversiones es el posible aumento de impuestos en las tarifas de exportación.⁹²

Al estar expresamente autorizado en el Acuerdo, la interpretación expresa es que el otorgamiento de las licencias obligatorias bajo los acuerdos del ADPIC no se considera una expropiación. Aunque para una parte de la doctrina, en ciertos casos sería más adecuado configurarlo como tal porque bajo esta premisa se podría demandar directamente al Estado.⁹³ Por otro lado, las licencias obligatorias, bajo el argumento de interés público cuando no tiene un origen ilícito o discriminatorio no tiene mayor

86 Correa, Carlos M., "Bilateral Investment Agreements", p. 3.

87 Rutledge, Peter R. "Trips and Bits: an essay on compulsory licenses, expropriation, and international arbitration", disponible en: http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1825&context=fac_artchop (acceso: 2/10/2015)

88 *Ibidem*

89 Feldman, Jamie, "Compulsory License: The Dangers Behind the Current Practice", *Journal of International Business and Law*, Volume 8, Issue 1, 2009.

90 *Ibidem*

91 Matthews, Jon, "Renewing Healthy Competition: Compulsory Licenses and Why Abuses of the TRIPS Article 31 Standards Are Most Damaging to the United States Healthcare Industry", *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Volume 4, Issue 1, 2010.

92 *Ibidem*

93 Correa, Carlos M., "Bilateral Investment Agreements", p. 3.

lugar para una defensa.⁹⁴ Del presente caso resalta el conflicto que existe entre los instrumentos de inversión, por un lado Brasil actúa conforme lo prevé el Acuerdo del ADPIC, y por otro lado, Estados Unidos toma prevalencia en los tratados bilaterales de inversión.

5. ¿Conflicto entre acuerdos normativos?

El análisis presentado demuestra las diferencias existentes en las normas de protección de los DPI en los acuerdos de inversión y los ADPIC en el tema de las licencias obligatorias. Cabe analizar como estos dos instrumentos pueden coexistir bajo conceptos de armonía y coherencia.⁹⁵ Es evidente que la relación entre los TBI, relacionados con los acuerdos de libre comercio y los ADPIC se rigen por el derecho internacional. Es así que al existir conflicto entre las normas se requiere una solución mediante el principio de la interpretación armoniosa de los instrumentos, así como de una integración sistémica de los preceptos.⁹⁶ Bajo los principios de interpretación del Convenio de Viena se establece la presunción contra el conflicto:

hay que interpretar los acuerdos de la OMC en su conjunto, para evitar el conflicto [...], también hay que interpretar el derecho de la OMC de una manera compatible con el derecho público internacional cuando sea posible. Cuando hay dos posibles interpretaciones de un término, se prefiere la interpretación que evite el conflicto con otras normas.⁹⁷

Esto significa que las normas de protección de inversiones y de los ADPIC se interpretarán de una forma que obvie los conflictos normativos entre los dos tratados. En cuanto a la prohibición de la expropiación en los tratados de inversión, se debe dejar espacio suficiente para una interpretación armoniosa, pues deberá tomarse en cuenta las flexibilidades del ADPIC con respecto a las licencias obligatorias (artículo 31 (3) (c) Convención de Viena). Además no hay ninguna norma en el ADPIC que prohíba a los miembros de la OMC a suscribir acuerdos bilaterales de inversión o suscribir capítulos de inversión dentro de los tratados de libre comercio. En vista del

94 *Ibidem*

95 Ruse-Khan, Henning Grosse, "Protecting Intellectual Property", p. 3.

96 Ver el caso sobre petróleo (Iran v United States of America) 42 ILM 1334 (2003), para 41; McLachlan, Campbell, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(1)(c) of the Vienna Convention", 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 279; International Law Commission, *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, United Nations, 2006, p. 7; Pitea, Cesare, "Interpreting the ECHR in the Light of 'Other' International Instruments: Systemic Integration or Fragmentation of Rules on Treaty Interpretation?", *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Boschiero, N. *et alia* (eds), Springer, New York, 2013, pp. 545-559.

97 Condon, Bradley J., *El Derecho de la Organización Mundial del Comercio. Tratados Jurisprudencia y Práctica*. Cameron May, Londres, 2007, p. 56.

surgimiento de estos conflictos que se han dado por las flexibilidades que permite el ADPIC, varios países han optado por tomar medidas al respecto.

Si bien los acuerdos de inversión no han sido decisivos en atraer la IED, ellos se han convertido en una fuente de demandas arbitrales multimillonarias. En particular, el derecho de los inversores a iniciar acciones directamente contra los gobiernos de los países donde se realizó la inversión genera dificultades sin precedentes para la adopción de diversas políticas públicas por parte de los gobiernos. En vista de las implicancias de los TBI y otros acuerdos de inversión, el Ecuador decidió denunciar todos los TBI que había firmado. Por su parte, Sudáfrica decidió no firmar ningún TBI nuevo e intentará renegociar o salirse de los que están vigentes. Asimismo, Australia anunció que no aceptará disposiciones de resolución directa de conflictos entre el Estado y los inversores en los nuevos acuerdos de inversión, y la India está revisando los TBI de los que es parte, especialmente las disposiciones relativas a la resolución de conflictos.⁹⁸

Las medidas que han tomado ciertos gobiernos es una respuesta al intento de países desarrollados de bloquear las flexibilidades que permite el ADPIC, e instaurar a su favor nuevos parámetros de protección a través de los TBI.

6. Conclusiones

El presente trabajo ha analizado las normas internacionales para la protección de los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos internacionales de inversión, con especial énfasis en los tratados bilaterales de inversión y cómo se relacionan con los ADPIC. Se ha demostrado que las normas internacionales para la protección de los derechos de propiedad intelectual después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC siguen siendo incompatibles.⁹⁹ Los TBI y otros acuerdos de inversión parecen ser utilizado por las naciones desarrolladas como un vehículo para elevar las denominadas “normas mínimas” de los ADPIC.¹⁰⁰ En lugar de actuar como un techo, como se ha esperado por muchos en los países en desarrollo, el instrumento multila-

98 Correa, Carlos M., “Los acuerdos de inversión: ¿una nueva amenaza para las flexibilidades previstas en el acuerdo sobre los ADPIC?”, disponible en: <http://es.southcentre.int/question/los-acuerdos-de-inversion-una-nueva-amenaza-para-las-flexibilidades-previstas-en-el-acuerdo-sobre-los-adpic/> (acceso: 25/04/2016).

99 Anderson, Alan M.; Razavi Bobak, “The Globalization of Intellectual Property Rights: TRIPS, BITs, and the Search for Uniform Protection”, 38 *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2011, pp. 265-291.

100 Barbosa, Denis Borges; Chon, Margaret; von Hase, Andres Moncayo, “Symposium: The International Intellectual Property Regime Complex: Slouching towards Development in International Intellectual Property”, 71 *Michigan State Law Review*, 2007, pp. 87-88.

teral de los ADPIC se presenta como un instrumento con normas mínimas que obliga a los Estados a acatar protecciones más fuertes en este tema. Es así que, en efecto, las normas ADPIC-plus menoscaban las flexibilidades en el Acuerdo sobre los ADPIC como se ha demostrado con el caso de las licencias obligatorias. También parece que los países desarrollados continuarán usando los TBI y otros acuerdos de inversión como un medio para aumentar la protección de las normas mínimas de los derechos de propiedad intelectual contenidas en el ADPIC. Sin embargo, también han surgido acciones por parte de los países menos desarrollados para denunciar los TBI, o establecer políticas para no aceptar futuros acuerdos de ese tipo.

En conclusión, el régimen de protección internacional de los derechos de propiedad intelectual aún requiere la implementación de normas sustantivas que aseguren una armonía al momento de su aplicación.¹⁰¹

101 Alan M. Anderson; Bobak Razavi, "The Globalization of Intellectual Property Rights", p. 291.

Bibliografía

- Abarza, Jacqueline; Katz, Jorge, Los derechos de propiedad intelectual en el Mundo de la OMC, CEPAL, Santiago, 2002 disponible en: <http://portal.concytec.gob.pe/images/stories/images2012/portal/areas-institucion/dag/curso-politicas-ctei/propiedad-intelectual/1.pdf> (acceso: 4/10/2015)
- Anderson, Alan M.; Razavi Bobak , "The Globalization of Intellectual Property Rights: TRIPS, BITS, and the Search for Uniform Protection", 38 Georgia Journal of International and Comparative Law, 2011.
- Barbosa, Denis Borges; Chon, Margaret; von Hase, Andres Moncayo, "Symposium: The International Intellectual Property Regime Complex: Slouching towards Development in International Intellectual Property", 71 Michigan State Law Review, 2007.
- Bole, Bertram, "The Protection of Intellectual Property Rights through Bilateral Investment Treaties: Is there a TRIPS-plus Dimension?", 19 NCCR trade regulation Working Paper, 2010.
- Busche, Jan, "Das TRIPS-Übereinkommen im Überblick", TRIPs: Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, J. Busche ; P-T Stoll (eds.), Carl Heymanns Verlag, Köln, 2007.
- Condon, Bradly J., El Derecho de la Organización Mundial del Comercio. Tratados Jurisprudencia y Práctica, Cameron May, Londres, 2007.
- Correa, Carlos M., "Bilateral Investment Agreements: Agents of new global standards for the protection of intellectual property rights?", GRAIN Reports, 2004
- Cottier, Thomas; Germann, Christophe, "TRIPS, art. 7", Concise international and European IP law: TRIPS, Paris Convention, European enforcement and transfer of technology, Th. Cottier, ; P. Véron (eds.), Kluwer Law International, Virginia, 2008.
- Cottier, Thomas; Verón, Pierre, "Introduction", Concise International and European IP law: TRIPS, Paris Convention, European enforcement and transfer of technology, 2008.
- Dolzer, Rudolf; Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law. Oxford University Press, Oxford, 2008.

- Dolzer, Rudolf; Stevens, Margrete, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995.
- El Centro del Sur, "El Uso de Licencias Obligatorias en América Latina", disponible en: <http://es.southcentre.int/question/el-uso-de-licencias-obligatorias-en-america-latina/> (acceso: 3/10/2015).
- Feldman, Jamie, "Compulsory License: The Dangers Behind the Current Practice", *Journal of International Business and Law*, Volume 8, Issue 1, 2009.
- Finger, J. M.; Nogués, Julio J., *The Unbalanced Uruguay Round Outcome*, World Bank Publications, 2001.
- Gervais, Daniel, "Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 1994", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Wolfrum R. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Gibson, Christopher, "A Look at the Compulsory License in Investment Arbitration: The Case of Indirect Expropriation", *25 American University International Law Review*, 2010.
- Grossman, Gene M.; Lai Edwin L-C, "International Protection of Intellectual Property", *CESIFO Working Paper*, 2002.
- Hoffmann, Anne K., "Indirect Expropriation", *Standards of Investment Protection*, Reinisch, A. (ed), Oxford University Press, Oxford, 2008
- Kelsen, Hans, "Validez y eficacia de la norma", disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1956/10.pdf> (acceso: 2/10/2015)
- Kennedy, Matthew, "The 'Three-Step Test' and the Burden of Proof in Disputes Under the TRIPS Agreement", *45 International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2014.
- Lavery, Rachel, "Coverage of Intellectual property Rights in International Investment Agreements: An Empirical Analysis of Definitions in a Sample of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements", *6 Transnational Dispute Management*, 2009.
- Liberti, Lahra, "Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An overview", *1 OECD Working Papers on International Investment*, 2010.
- Matthews, Jon, "Renewing Healthy Competition: Compulsory Licenses and Why Abu-

- ses of the TRIPS Article 31 Standards Are Most Damaging to the United States Healthcare Industry”, *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Volume 4, Issue 1, 2010.
- Mclachlan, Campbell, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(1)(c) of the Vienna Convention”, *54 International and Comparative Law Quarterly*, 2005.
- Neumayer, Eric; Spess, Laura, “Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment?”, *World Development*, 33 (10), 2005.
- Pitea, Cesare, “Interpreting the ECHR in the Light of ‘Other’ International Instruments: Systemic Integration or Fragmentation of Rules on Treaty Interpretation?”, *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, Boschiero, N. et alia (eds), Springer, New York, 2013.
- Reinisch, August, “Expropriation”, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Muchlinski, P; Ortino, F; Schreuer, Ch. (eds), Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Rivero Hernández, Francisco, “Familia y Cambio Social: Notas Críticas”, *Anuario de Derecho Civil*. Núm. LIII-3, 2000.
- Rodríguez Perozo, Nadiafna, “El acuerdo de los derechos de Propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) y las normas ADPIC Plus”, *Revista de Derecho Escuela de postgrado*, No 1, 2011.
- Ruse-Khan, Henning Grosse, “Protecting Intellectual Property under BITs, FTAs, and TRIPS: Conflicting Regimes or Mutual Coherence?”, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper*, 2011, No. 11-02.
- Ruse-Khan, Henning Grosse, “The International Law Relation between TRIPS and subsequent TRIPS-plus Free Trade Agreements: Towards safeguarding TRIPS Flexibilities?”, *18 Journal of Intellectual Property Law*, 2011.
- Rutledge, Peter B., “TRIPS and BITs: An Essay on Compulsory Licenses, Expropriation, and International Arbitration”, *13 North Carolina Journal of Law & Technology*, 2012.
- Ruzza, Alice, “Expropriation and Nationalization”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Wolfrum, R. (ed), Oxford University Press, Oxford, 2013
- Schmitz Vaccaro, Christian, “Propiedad Intelectual, Dominio Público y Equilibrio de

Intereses”, 36 Revista Chilena de Derecho, 2009.

Shan, Wenhua, “Is Calvo Dead?”, 55 The American Journal of Comparative Law, 2007.

Simma, Bruno, “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?”, 60 International and Comparative Law Quarterly, 2011.

Smarzynska, Beata K., “Composition of Foreign Direct Investment and Protection of Intellectual Property Rights: Evidence from Transition Economies”, disponible en: http://www.iatp.org/files/Composition_of_Foreign_Direct_Investment_and_P.htm (acceso: 2/10/2015)

Smith, Van, “Enabling Environments or Enabling Discord: Intellectual Property Rights, Public-Private Partnerships, and the Quest for Green Technology Transfer”, 42 Georgetown Journal of International Law, 2011.

Legislación, tratados, resoluciones y sentencias

Centro Internacional para Resolución de Disputas sobre Inversiones (CIADI), disponible en: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx> (acceso: 5/10/2015)

China Briefing. “Por qué la ASEAN es importante para su estrategia de negocios en Asia”, disponible en: <http://www.china-briefing.com/news/2013/02/23/por-que-la-asean-es-importante-para-su-estrategia-de-negocios-en-asia.html#sthash.pB8k5yL5.dpuf> (acceso: 4/10/2015)

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. “DR-CAFTA: aspectos relevantes seleccionados del Tratado y reformas legales que deben realizar a su entrada en vigor los países de Centroamérica y la República Dominicana”, disponible en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/5001-dr-cafta-aspectos-relevantes-seleccionados-del-tratado-y-reformas-legales-que> (acceso: 4/10/2015)

Corte Internacional de Justicia, “Irán vs. Estados Unidos de América”, 42 ILM 1334, 2003.

IISD, “Federal Republic of Germany and Pakistan Treaty for the Promotion and Protection of Investment”, disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf (acceso: 3/10/2015)

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. “Propiedad intelectual y conoci-

mientos tradicionales - Folleto N° 2”, disponible en: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf (acceso: 3/10/2015).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. “Seminario Regional de la OMPI para algunos países de América Latina y del Caribe sobre la implementación y el uso de ciertas flexibilidades en materia de patentes”, disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_bog_12/wipo_ip_bog_12_ref_u14a_cadena.pdf (acceso: 3/10/2015).

Organización Mundial de la Salud. Globalización y acceso a los medicamentos. Perspectivas sobre el Acuerdo ADPIC/OMC - Serie “Economía de la salud y medicamentos”, No. 07, segunda edición.

Organización Mundial del Comercio. Explicación de la declaración de Doha relative a los ADPIC. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/healthdeclexpln_s.htm (acceso: 23/04/2015).

Organización Mundial del Comercio, “Propiedad Intelectual: protección y observancia”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm (acceso: 9/06/2015)

Organización Mundial del Comercio, “Acuerdo sobre los ADPIC: visión general”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel2c_s.htm (acceso: 9/10/2015)

Organización Mundial del Comercio, “Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm (acceso: 7/10/2015).

Organización Mundial del Comercio. “Glosario de Términos”, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/licencia_obligatoria_s.htm (acceso: 3/10/2015).

Sistema de Información de Comercio Exterior. “Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, disponible en: http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp (acceso: 4/10/2015).

La Denuncia de Tratados Internacionales de Derechos Humanos¹

Daniela Salazar Marín

Universidad San Francisco de Quito

Resumen

La ratificación de un tratado internacional de derechos humanos es considerada un acto ordinario de las relaciones internacionales de cada Estado. No obstante, la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos es un acto de especial gravedad, y en consecuencia se encuentra revestido de límites derivados tanto del derecho internacional como del derecho interno de cada Estado. Este ensayo analiza tales límites y realiza un recuento de los contados casos de denuncia de tratados internacionales de derechos humanos con el afán de demostrar que no se trata de una facultad soberana que los Estados puedan ejercer sin restricciones. De manera particular se menciona el caso de Ecuador a raíz de las constantes amenazas de su gobierno de retirarse del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Abstract

The ratification of international human rights treaties is considered an ordinary act of each State's international relations. However, the denunciation of an international human rights treaty is an act of particular gravity, and therefore limited by both international law and domestic law. This essay analyzes such limits and reviews the few cases of denunciation of international human rights treaties in an effort to demonstrate that it is not a sovereign power that States can exercise without restrictions. The case of Ecuador is examined in light of the constant threats from its government to withdraw from the Inter-American Human Rights Protection System.

Palabras Clave: Denuncia de Tratados / Derechos Humanos / Tratados Internacionales.

Key Words

Denunciation of Treaties / Human Rights / International Treaties.

Sumario. 1. Introducción 2. La facultad de denunciar tratados 2.1. Los límites derivados del Derecho Internacional 2.2. Los limitados casos de denuncia de tratados internacionales de derechos humanos 2.2.1. Tratados que permiten expresamente la denuncia 2.2.2. Tratados que no contienen cláusulas de denuncia 2.2.3. Denuncia de tratados con procedimientos jurisdiccionales optativos 2.2.4. Denuncia de tratados

¹ Artículo recibido el 20 de abril y aceptado el 15 de junio de 2016.

constitutivos de organizaciones con sistemas de protección de derechos humanos **2.2.5.** La eventual denuncia de Ecuador a los Tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos **2.3.** Los límites derivados del derecho interno **3.** Reflexiones finales sobre la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos.

1. Introducción

La creciente tensión entre los gobiernos y las cortes internacionales de derechos humanos, así como también entre estas cortes y los tribunales internos,² se ha traducido en amenazas por parte de los Estados para desvincularse de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Las consecuencias del retiro de un Estado de los mecanismos de tutela de derechos humanos son nefastas, tanto para la universalización de la protección de los derechos, como para las víctimas de violaciones de derechos humanos, a quienes se les niega la posibilidad de encontrar justicia a nivel internacional cuando los tribunales internos incumplen su deber de proteger sus derechos. Por ello se vuelve imperioso revisar las normas y prácticas que rigen la denuncia de los tratados internacionales con miras a determinar si resulta viable o legítimo que los gobiernos denuncien los tratados que protegen derechos humanos.

En tanto la denuncia de un tratado internacional es el acto por medio del cual un Estado notifica su decisión de dar por terminadas las obligaciones internacionales adquiridas en el marco de tal tratado, podríamos considerarla un acto ordinario de gobierno en las relaciones internacionales de cada Estado. No obstante, la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos es radicalmente distinta a la denuncia de un tratado bilateral de inversión o de cualquier otro tratado multilateral, cuyo objetivo no sea la protección de los derechos humanos. A continuación, examinaré el régimen particular de los tratados internacionales de derechos humanos, los contados casos de denuncia de tratados de derechos humanos, y los límites derivados del derecho internacional y del derecho interno para demostrar que, cuando de tratados internacionales de derechos humanos se trata, la denuncia constituye un acto no ordinario de las relaciones internacionales sujeto a limitaciones capaces de impedir que el Estado se desvincule de las obligaciones adquiridas por medio de tal tratado. El presente análisis incluye una referencia particular al caso de Ecuador.

2. La facultad de denunciar tratados

La participación de un Estado en un tratado internacional es un atributo esencial de la soberanía. En principio, cada Estado decide libremente si se vincula o se desvin-

² Para un riguroso análisis de la tensión entre cortes internas y cortes internacionales de derechos humanos sugiero revisar: Huneus, Alexandra, *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights*, Cornell: Cornell Int'l L.J., 2000, p. 493.

cula de un tratado internacional. Los tratados internacionales siguen un proceso de negociación entre los Estados Miembros de la organización auspiciante del tratado con miras a producir un texto aceptado por todos. Luego de esa negociación, cada Estado decide, en uso de su soberanía, si desea vincularse por las obligaciones del tratado. Para vincularse a un tratado internacional, el Estado debe expresar su consentimiento en obligarse por las disposiciones del tratado, lo que se produce generalmente a través de la firma³ y su posterior ratificación, o a través de la adhesión. Ambas medidas representan el compromiso, jurídicamente vinculante, de acatar las disposiciones del tratado.

Luego, para desvincularse de un tratado internacional, un Estado parte debe seguir las disposiciones relevantes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Según el artículo 54 de esta norma, un Estado podría retirarse de un tratado: (a) conforme a las disposiciones del propio tratado relativas a la denuncia; (b) con el consentimiento de todas las partes después de consultar a todos los Estados contratantes; o (c) en el caso de un tratado que no contenga ninguna disposición sobre el retiro o la denuncia, dando un preaviso de al menos doce meses. Esta última posibilidad, según el artículo 56, está sometida a dos condiciones: (i) que se determine que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro; o (ii) que el derecho de denuncia o retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado. La carga de probar que se cumple una de estas dos condiciones recae sobre el Estado que desee retirarse de un tratado que no contenga disposiciones sobre denuncia.

La facultad de denunciar se justifica, entre otros, por la necesidad de motivar a más Estados a ratificar el tratado. No obstante, no puede asumirse que todo tratado puede ser denunciado. Se trata de una cuestión sujeta no sólo a la voluntad del Estado sino también a las normas del derecho internacional de los tratados y –según expondré más adelante– al derecho interno de cada Estado. A la luz de las normas de la Convención de Viena, resulta necesario examinar primero las disposiciones del propio tratado para determinar la voluntad de las partes de permitir la denuncia.

Un análisis de las cláusulas relativas a la denuncia de tratados internacionales de derechos humanos revela que no existe mayor uniformidad en sus textos. Así, es posible identificar: (i) tratados que permiten su denuncia en cualquier momento, esta-

³ La firma constituye una muestra de apoyo preliminar al tratado. Puede leerse como una indicación de que el Estado tiene intención de someter el tratado a un análisis nacional y considerará su ratificación. La firma sujeta a ratificación permite que cada Estado realice las gestiones pertinentes según las disposiciones de su derecho interno para que el tratado sea aprobado así como para adecuar su legislación interna a las obligaciones establecidas en el tratado. Aunque un Estado no está vinculado por las disposiciones de un tratado que firmó, a menos que esa firma esté seguida de una ratificación, está obligado a abstenerse de cualquier acto que ponga en peligro los objetivos y el propósito del tratado. Por su parte, la adhesión tiene los mismos efectos jurídicos que la ratificación, a pesar de no estar precedida de una firma.

bleciendo únicamente un preaviso para que la denuncia surta efectos;⁴ (ii) tratados que permiten su denuncia, sujeta a ciertas condiciones;⁵ (iii) tratados que no tienen cláusulas para denunciar sus partes sustantivas pero contienen un artículo que permite denunciar sus procedimientos de protección;⁶ y (iv) tratados que no contienen cláusulas sobre denuncia.⁷

A pesar de la falta de uniformidad, la lectura de las cláusulas de denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos mencionados en el párrafo anterior podría conducir a la conclusión de que un Estado puede desvincularse de los tratados internacionales de derechos humanos siempre y cuando su texto permita explícitamente su denuncia, mientras que, si ninguna disposición del tratado hace mención a la posibilidad de denunciarlo, bastaría con averiguar la intención de los otros Estados parte. Una conclusión de este tipo sería concordante con una interpretación textual de la Convención de Viena; no obstante, sería también ignorar que los tratados internacionales de derechos humanos tienen una naturaleza distinta a los demás tratados celebrados en el ámbito del derecho internacional público.

Los tratados de derechos humanos no son tratados bilaterales o multilaterales en los que los Estados intercambien compromisos recíprocos. En este tipo de tratados, los Estados asumen obligaciones de tutela de derechos humanos respecto de todas las personas bajo su jurisdicción. Los Estados, en tanto no son los beneficiarios de los derechos y obligaciones protegidos por este tipo de tratados, no están en capacidad de desvincularse de tales tratados; al menos no unilateralmente.

También por su naturaleza, la denuncia de un tratado de derechos humanos constituye una cuestión de extrema preocupación. Recordemos que los tratados de derechos humanos establecen la posibilidad de limitar los derechos reconocidos por sus disposiciones, permiten incluso la posibilidad de suspender esos derechos en situa-

4 Por ejemplo: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 48; Protocolo Facultativo Primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 12.

5 Por ejemplo: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 78 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículo 15.

6 Por ejemplo: Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Artículo 31. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Artículo 33. Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 52. Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, Artículo 89. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 48. Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 16. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 20. Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Artículo 19. Protocolo Facultativo Sobre la Participación de los Niños en los Conflictos Armados, Artículo 11. Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, Artículo 15, entre otros.

7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; ; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y su Protocolo.

ciones de emergencia, y otorgan a los Estados un margen de apreciación respecto de las medidas que deben adoptar para hacer efectivos los derechos. De ahí que únicamente circunstancias extraordinarias podrían justificar la necesidad de desvincularse del todo de las obligaciones asumidas en virtud de un tratado de derechos humanos.

En consecuencia, es más adecuado concluir que la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos será posible no sólo de conformidad con las normas del mismo, sino también con su naturaleza y de acuerdo con la interpretación de los órganos de supervisión del tratado. Más allá de los límites derivados del propio derecho internacional, la denuncia de un tratado también está sujeta a límites establecidos en derecho interno de cada Estado. A continuación me referiré con más detalle a estas limitaciones derivadas tanto del derecho internacional como del derecho interno.

2.1. Los límites derivados del Derecho Internacional

Mencionaba previamente, que los beneficiarios de un tratado internacional de derechos humanos son los ciudadanos sometidos a la jurisdicción de ese Estado, y por tanto no se puede pretender aplicar a los tratados de derechos humanos las mismas reglas de derecho internacional público vigentes para un tratado bilateral o multilateral en el que los Estados intercambian beneficios recíprocos. Alguien podría rebatir esta idea bajo el argumento de que un tratado bilateral de inversión, por ejemplo, no sólo trae beneficios para los Estados sino también para los inversionistas. Pero lo cierto es que los tratados de inversión con frecuencia protegen la seguridad jurídica de los inversores incluso a costa de los derechos de los ciudadanos. De hecho, los casos de denuncia de tratados bilaterales de inversión evidencian que la motivación de tales denuncias subyace en la posible afectación a los intereses nacionales del Estado, generada por las millonarias demandas que enfrentan los Estados a causa del incumplimiento de las obligaciones asumidas para la protección de inversionistas extranjeros.

La naturaleza de los tratados internacionales de derechos humanos es distinta, y esto amerita un régimen particular para los casos de denuncia. En el año 1951, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se refirió por primera vez a esta particularidad al pronunciarse en una opinión consultiva sobre la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio. Según la CIJ:

En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse de venta-

jas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones.⁸

En el mismo sentido, la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1961 reconoció el carácter especial de estos tratados. Al referirse a las obligaciones asumidas por los Estados Partes del Convenio Europeo, señaló que tales obligaciones “son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”.⁹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, refiriéndose a la especial naturaleza de estos tratados, señaló que:

[...] al interpretar el Convenio debe atenderse a su naturaleza especial como tratado que instrumenta una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. En consecuencia, el objeto y fin del Convenio como instrumento de protección de seres humanos exige comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias.¹⁰

También la Corte Interamericana se ha referido al carácter especial de los tratados internacionales de derechos humanos, declarando que ciertas secciones de la Convención de Viena son inaplicables a la Convención Americana “entre otras razones, porque el objeto y fin de la Convención no son el intercambio recíproco de derechos entre un número limitado de Estados, sino la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su nacionalidad”.¹¹ La Corte observó que los enunciados de la Convención de Viena “reflejan las necesidades de los tradicionales convenios multilaterales internacionales, que tienen por objeto un intercambio recíproco de derechos y obligaciones, para el beneficio mutuo de los Estados Partes”.¹² En este sentido, la Corte enfatizó:

⁸ Corte Internacional de Justicia, Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito Genocidio, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951.

⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos. “Austria vs. Italy”, Application No. 788/60, *European Yearbook of Human Rights*, (1961), vol. 4, pág. 140.

¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Soering vs. United Kingdom”, Application No. 161. (1989) párrafo 87. En el mismo sentido, “Wemhoff vs. Germany”, Application No. 1936/63 (1968), vol. 7; “Ireland vs. United Kingdom”, Application No. 5310/71, (1978), vol. 25.

¹¹ Corte IDH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párrafo. 27.

¹² *Ibidem*, párr. 28.

[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.¹³

Los órganos de supervisión de tratados del sistema universal también se han pronunciado en el mismo sentido. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 26, consideró que el Pacto Internacional de Derechos Humanos, por su naturaleza, no es un tratado que entrañe un derecho de denuncia, en tanto los derechos consagrados en el Pacto corresponden a quienes viven en el territorio del Estado Parte de que se trate, protección que pasa a ser subsumida por el territorio al punto que las personas siguen siendo beneficiarias de ella con independencia de cualquier medida posterior que adopte el Estado Parte con el objeto de despojar a esas personas de los derechos que les garantiza el Pacto.¹⁴

Como consecuencia de la especial naturaleza de las obligaciones que los Estados asumen en virtud de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, su facultad de denunciar estos tratados tiene límites que van más allá de los establecidos en la Convención de Viena para los tratados internacionales en general. A continuación expondré cómo los organismos de supervisión de los tratados de derechos humanos han resuelto los casos de denuncias a estos tratados considerándolas, en ciertas ocasiones, opuestas al objeto y fin del tratado y por tanto no válidas.

2.2. Los limitados casos de denuncia de tratados internacionales de derechos humanos

Los casos en los que un Estado ha tratado desvincularse de tratados internacionales de derechos humanos son tan escasos que bastaría enumerarlos para demostrar que este tipo de denuncia no constituye un acto ordinario de las relaciones internacio-

¹³ *Ibidem*, párr. 29. En el mismo sentido pueden entenderse los votos disidentes y razonados del Juez Antonio Cancado Trindade cuando se refiere a la interpretación conforme con el carácter objetivo de las obligaciones convencionales contraídas por los Estados Partes en la Convención Americana.

¹⁴ CDH. Observación General No. 26, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *Continuidad de las obligaciones*, 66º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1997), párrafos. 3-5.

nales de derechos humanos. Pero resulta aún más útil hacer un recuento de estos casos para determinar cómo el derecho internacional se ha activado –o no– para permitir o impedir tales denuncias. En esta sección examinaré los casos de tratados que contienen una cláusula que permite la denuncia, los casos de tratados que guardan silencio sobre la posibilidad de denunciar, los casos de denuncia de las cláusulas que establecen procedimientos jurisdiccionales optativos, y finalmente me referiré a la denuncia de los tratados constitutivos de organizaciones con sistemas de protección de derechos humanos.

2.2.1. Tratados que permiten expresamente la denuncia

El primer Estado en denunciar un tratado de derechos humanos fue Madagascar, que en 1965 notificó su decisión de retirarse de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas. Dicha Convención fue adoptada el 28 de septiembre de 1954 y entró en vigor el 6 de junio de 1960. Su artículo 40 establece la facultad de denunciar el tratado en cualquier momento, con un preaviso de un año. Este primer caso de denuncia de un tratado internacional de derechos humanos pasó desapercibido. Como apuntan Crawford y Lowe, “there was no controversy over this incident. Neither depository of the instruments of signature/ratification/accession/denunciation nor any State party to the Convention sought to learn the reasons for denunciation. No one tried to bring Madagascar back into the fold of the Convention. Even the academic world ignored this incident”.¹⁵ Dado que la Convención no establece un organismo encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados parte, la denuncia entró en vigor sin pronunciamiento alguno respecto de su conformidad con el derecho internacional.

Dado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos también permite expresamente su denuncia, esta sección incluye el análisis de los casos de Trinidad y Tobago y Venezuela, Estados que en 1998 y 2012, respectivamente, notificaron su decisión de desvincularse de este tratado. La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en 1969 y entró en vigor en 1978. Su artículo 78 establece la facultad de denunciar tratados con un preaviso de un año, y bajo la condición de que hayan transcurrido al menos cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma.

El 26 de mayo de 1998, Trinidad y Tobago procedió a denunciar la Convención, denuncia que surtió efecto un año más tarde, el 26 de mayo de 1999. La denuncia tuvo lugar a raíz de que la Comisión y la Corte Interamericanas empezaran a conocer asuntos

¹⁵ Crawford, James y Vaughan Lowe. “The Denunciation of Human Rights Treaties”. *British Year Book of International Law* (2008), págs. 156-157.

relacionados con la aplicación de la pena de muerte en Trinidad y Tobago, requiriendo al Estado que tome las medidas necesarias para asegurar que las presuntas víctimas no sean privadas de la vida hasta que la Corte pueda examinar la pertinencia de las medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁶ La decisión de Trinidad y Tobago tiene como antecedente la sentencia del Comité Judicial del Consejo Privado en el caso Pratt y Morgan vs. Fiscal General de Jamaica.¹⁷ Según el Comité Judicial del Consejo Privado, cuyos estándares son obligatorios para Trinidad y Tobago, en los procesos de personas condenadas a pena muerte, si la ejecución tarda más de cinco años desde que se impone la pena capital, tal demora constituye un trato inhumano o degradante.

A raíz de ese estándar, el Fiscal General y el Ministro de Relaciones Exteriores de Trinidad y Tobago se reunieron con el Secretario General Adjunto de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para exponer los problemas que la demora del trámite de las peticiones ante los órganos internacionales de protección de los derechos humanos genera para el Estado. La Comisión señaló que tenía sus propios procedimientos establecidos para la consideración de peticiones, por lo que no podía garantizar que la consideración de los casos que conllevaran la aplicación de la pena capital se completaría dentro de un plazo específico.

El Gobierno de Trinidad y Tobago expresó que no estaba en condiciones de conceder que la incapacidad de la Comisión para tratar en forma expedita las peticiones relacionadas con casos de imposición de la pena de muerte frustrase la ejecución de la sentencia, lo que acarrearía un incumplimiento con los estándares del Comité Judicial del Consejo Privado. El Estado de Trinidad y Tobago comunicó también a la Corte que no aceptaría responsabilidad alguna como consecuencia de la falta de la Comisión Interamericana para organizar sus procedimientos en relación con casos sometidos a ella de personas procesadas a pena de muerte dentro de los plazos establecidos en su derecho interno.

Por su parte, la Corte dejó “constancia de su preocupación debido a la denuncia de la Convención Americana que hiciera Trinidad y Tobago”, añadiendo que tal decisión “no tiene precedentes en la historia del sistema interamericano de protección de derechos humanos”. Adicionalmente, la Corte consideró que:

[...] si bien la denuncia de un instrumento internacional es un derecho de los Estados Partes en él, en los tratados de derechos humanos, debido a

¹⁶ Corte IDH. *Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago*.

¹⁷ Comité Judicial del Consejo Privado en *Pratt & Morgan c. the Attorney General of Jamaica*. 2 A.C.1. (1993)

su especial naturaleza, esa denuncia afecta como un todo al sistema internacional o regional de derechos humanos de que se trate, lo cual, en este caso particular, justifica una gestión de parte de la Asamblea General de la Organización tendiente a obtener que Trinidad y Tobago reconsidere dicha decisión.¹⁸

No hubo ningún pronunciamiento de la Asamblea General al respecto. No existen registros de condenas públicas o intentos formales por parte de los otros Estados, tendientes a persuadir a Trinidad y Tobago de retirar su denuncia antes de que la denuncia se haga efectiva un año después, ni mayores esfuerzos para instar al Estado a volver a ratificar la Convención. Organizaciones de la sociedad civil, como Amnistía Internacional, alertaron sobre el efecto perjudicial de esta decisión e instaron al Estado a reconsiderar su decisión.¹⁹ También la Comisión de Derechos Humanos de la ONU urgió al gobierno de Trinidad y Tobago que reasuma las obligaciones adquiridas bajo la Convención Americana.²⁰

En todo caso, la Corte IDH, a la luz de lo establecido en el artículo 78 de la Convención y el artículo 62.1 del mismo instrumento, siguió conociendo casos²¹ relacionados con hechos ocurridos mientras estuvo vigente la Convención en Trinidad y Tobago, así como también violaciones continuadas.

Como concluye Concepción, “in its attempt to speed up the process of carrying out local executions, Trinidad has virtually eliminated a significant mechanism that guarantees due process of law, namely the ability of its citizens to make complaints of human rights abuses to international bodies”.²²

Casi quince años transcurrieron desde la denuncia de Trinidad y Tobago sin que otro Estado pretenda desvincularse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El 10 de septiembre de 2012, el Secretario General de la OEA recibió la nota formal de denuncia presentada por el Estado de Venezuela.²³ La denuncia estuvo

18 Corte I.D.H. *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1998, OEA/Ser.L/V/III.43 Doc. 11, págs. 35, 36 y 37.

19 Amnistía Internacional. Informe 1999. Pp. 332 y 333.

20 ONU. Consejo Económico y Social. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Commission of Human Rights. Resolution 1999/5: *Continuing of obligations under international human rights treaties*. (E/CN.4/2000/2; E/CN.4/Sub.2/1999/54). 31st meeting, 25 de agosto de 1999.

21 Corte I.D.H. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002; *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 11 de marzo de 2005.

22 Concepción, Natasha Parassram. *The Legal Implications of Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights*. 2001

23 Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores. República Bolivariana de Venezuela. Nota 000125. Fecha 6 de septiembre de 2012.

precedida de una serie de amenazas y antecedentes que permitían suponer que esto ocurriría.

De hecho, en diciembre de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia había solicitado al ejecutivo que se proceda a denunciar la Convención Americana.²⁴ Esto sucedió en el marco de una acción de control de constitucionalidad presentada por abogados de la Procuraduría General en contra de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en ese año había ordenado a Venezuela reincorporar en sus cargos a los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de Venezuela.²⁵ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia consideró incompatibles los principios rectores de la Convención Americana con los establecidos en la Constitución Bolivariana de 1999, decidió que el fallo de la Corte era “inejecutable” y añadió: “se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión”.²⁶

Posteriormente, en febrero de 2010, en el marco de una rueda de prensa con corresponsales internacionales, y como reacción al informe “Democracia y Derechos Humanos en Venezuela” emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Presidente Chávez anunció: “Vamos a prepararnos para denunciar el acuerdo a través del cual Venezuela se adscribió a esa nefasta Comisión Interamericana de Derechos Humanos y salimos de ahí pues. ¿Pa’ qué? No vale la pena, es una mafia lo que hay ahí”.

La entonces Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, Navi Pillay, instó enérgicamente a Venezuela a reconsiderar su decisión, advirtiendo que de concretarse su retiro, significaría un serio retroceso en la protección de los derechos humanos en Venezuela y en toda la región. Amnistía Internacional calificó a esta amenaza de denuncia como “una afrenta a las víctimas”.²⁷ También las organizaciones integrantes de la Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos

24 Sentencia N° 1939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (“TSJ”). 2008.

25 Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

26 “Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.” Párrafo 2 de la decisión 1939/2008.

27 Amnistía Internacional: *La ruptura de Venezuela con la corte regional de derechos humanos es “una afrenta a las víctimas”*. 13 septiembre 2012

en las Américas lamentaron la noticia a través de un comunicado de prensa.²⁸ A pesar de estas y otras reacciones que el solo anuncio de una eventual denuncia generó en la comunidad internacional, Venezuela decidió denunciar la Convención Americana en septiembre de 2012.

La nota mediante la cual Venezuela notificó la denuncia alega, entre otros motivos, la parcialidad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las dificultades para aprobar reformas al sistema interamericano de protección de derechos humanos, y los fundamentos de las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas en contra de Venezuela. El pronunciamiento de la Cancillería establece que

[...] tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se han alejado de los sagrados principios que están llamados a proteger, convirtiéndose en un arma política arrojadiza destinada a minar la estabilidad de determinados gobiernos, y en especial al de nuestro país, adoptando una línea de acción injerencista en los asuntos internos de nuestro gobierno, vulnerando y desconociendo principios básicos y esenciales ampliamente consagrados en el derecho internacional.²⁹

La comunicación agrega que ambas instituciones “se encuentran secuestradas por un pequeño grupo de burócratas desaprensivos que han bloqueado, obstaculizado e impedido que se hagan transformaciones necesarias” al sistema interamericano de derechos humanos, sistema que a su juicio “hoy día viola y transgrede con su mala práctica los principios del Pacto de San José y menoscaba, incluso, los derechos y obligaciones que sus Estados Parte han adquirido en el marco de la Carta de las Naciones Unidas”.³⁰

Al ser notificado de la decisión del Estado venezolano, el Secretario General emitió un tibio comunicado de prensa en el cual lamentó “la decisión adoptada por el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, de denunciar este instrumento jurídico, uno de los pilares de la normativa legal que ampara la defensa de los derechos humanos en el continente”, y manifestó “su esperanza de que en el año que debe transcurrir para que dicha decisión se haga efectiva, como lo establece el Art.78, el

28 Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos en las Américas. Comunicado de Prensa: “Denuncia de Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela debilita protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos/as”. 9 de septiembre de 2012.

29 Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela. Nota 000125 de 6 de septiembre de 2012.

30 *Ibidem*

gobierno de la República Bolivariana de Venezuela pueda reconsiderar su decisión”.³¹ Los Estados que pública y oficialmente deploraron la decisión fueron México,³² Paraguay³³ y Costa Rica³⁴. La Comisión, a través del comunicado de prensa 117/12, informó que lamenta la decisión de Venezuela de denunciar la Convención.³⁵ Por su parte, la Corte Interamericana no emitió comunicado alguno y, en sus informes anuales correspondientes a los años 2012 y 2013 se limitó a señalar los efectos de la denuncia de conformidad con el propio artículo 78 de la Convención, sin siquiera lamentar la decisión del Estado de Venezuela o instar al Estado a reconsiderar su decisión.

Mucho más alentadora fue la movilización de la sociedad civil venezolana frente a la denuncia. El 27 de septiembre de 2012 un amplio grupo de ciudadanos presentó ante la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia una acción popular de inconstitucionalidad solicitando que se declare la nulidad por inconstitucionalidad del acto de gobierno a través del cual se denunció la CADH. Si bien el Tribunal tiene tres días para admitir una acción de esta naturaleza, hasta la fecha la acción no ha sido admitida.³⁶

Mientras tanto en la OEA, más allá de las citadas reacciones por parte de México, Paraguay y Costa Rica, el silencio de los Estados en tanto creadores y garantes del sistema interamericano de protección de derechos humanos, fue patente. El año de preaviso transcurrió sin que los Estados de la OEA fueran capaces de generar una presión internacional que avergüence a Venezuela lo suficiente como para motivar que reconsidere su decisión.

Los discursos y esfuerzos son enfáticos en condenar y hasta ridiculizar a los Estados de la OEA que no han ratificado la Convención, pero ante un Estado que decidió desvincularse de este instrumento los Estados Miembros de la OEA se quedaron impávidos. Así, la denuncia por parte de Venezuela entró en vigor un año más tarde.

31Secretario General. Comunicado de prensa. C-307/12. https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-307/12

32 Secretaría de Relaciones Exteriores. México. México lamenta la decisión de denunciar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comunicado 250. 11 de septiembre de 2012. <http://saladeprensa.sre.gob.mx/index.php/comunicados/1771-250>

33Ministerio de Relaciones Exteriores de Paraguay. Comunicado de 13 de septiembre de 2012 en el que sostuvo que la medida “implica un retroceso en el largo camino que han forjado los pueblos de América en el reconocimiento de los derechos fundamentales de sus ciudadanos a través de su consagración en instrumentos como el Pacto de San José”.

34Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica. Comunicado “Fortalecimiento SIDH” de 11 de septiembre de 2012 en el que el Canciller “deploró” la decisión de Venezuela de denunciar el Pacto de San José, y abogó porque Caracas pueda lo más pronto posible “reconsiderar la decisión” y adherirse nuevamente a la Convención Americana de Derechos Humanos.

35 CIDH. Comunicado de Prensa 117/12. *CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 12 de septiembre del 2012.

36 Así lo aseguró Beatriz Borges, abogada representante de las organizaciones que elaboró el escrito presentado ante el Tribunal Supremo de Justicia.

La CIDH reiteró su profunda preocupación³⁷ y la Corte se limitó a dar cuenta de los efectos jurídicos de la denuncia en su informe anual.

Estos casos demuestran que cuando se produce una denuncia expresamente permitida por un tratado, el derecho internacional no ofrece mayor consuelo. El año de preaviso, establecido con el fin de movilizar a la comunidad internacional para evitar que la denuncia de un tratado de esta naturaleza se haga efectiva, no ha sido suficiente garantía al momento de evitar que un Estado se desvincule de sus obligaciones de protección en materia de derechos humanos.

Vale notar además que Convenciones³⁸ de derechos humanos adoptadas con posterioridad a la denuncia de Trinidad y Tobago, así como Convenciones³⁹ de derechos humanos adoptadas con posterioridad a la denuncia de Venezuela, han mantenido cláusulas que permiten su denuncia.

2.2.2. Tratados que no contienen cláusulas de denuncia

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) constituye el ejemplo más notable de un tratado internacional de derechos humanos que no contiene una cláusula expresa facultando a los Estados parte a denunciar el instrumento. A pesar de ello, dos Estados han pretendido desvincularse de sus obligaciones. El Pacto fue adoptado en 1966 y entró en vigor en 1976. El primer caso ocurrió en 1992, a raíz de que la República Federal de Yugoslavia (hoy Serbia y Montenegro) pretendió ser el Estado sucesor de la disuelta República Federal Socialista de Yugoslavia en 1992. En marzo de 1994, los Estados parte del PIDCP decidieron suspender a la República Federal de Yugoslavia de una reunión para elegir a los miembros del Comité de Derechos Humanos, órgano que supervisa el cumplimiento del citado Pacto. En respuesta, la República Federal de Yugoslavia decidió retirarse del Pacto. Sin embargo, la carta⁴⁰ de notificación de esta decisión, fechada 26 de enero de 1995, no estuvo dirigida al Secretario General de la ONU, sino que se presentó al Presidente del Comité de Derechos Humanos.

37 CIDH. Comunicado de Prensa 64/2013. "CIDH manifiesta su profunda preocupación por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela". 10 de septiembre de 2013

38 Ver, por ejemplo, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Artículo 13. 1999.

39 Ver, por ejemplo, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, Artículo 21; la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, Artículo 21 y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, Artículo 39.

40 Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. 51º período de sesiones. Tema 18 del programa provisional: "Carta de fecha 10 de enero de 1995 dirigida al Presidente de la Comisión de Derechos Humanos por el Embajador, Encargado de negocios interino de la República Federativa de Yugoslavia ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra". E/CN.4/1995/130. 7 de febrero de 1995

De hecho, la carta no menciona la palabra denuncia, tan sólo anuncia la decisión de la República Federal de Yugoslavia de no presentar más informes periódicos hasta ser tratado como un Estado parte. Al mismo tiempo, la nota menciona que el Estado no tenía intenciones de suspender las obligaciones sustantivas asumidas bajo el tratado. Dado que la presentación de informes periódicos es una obligación contenida en el Artículo 40 del Pacto, y una pieza clave del sistema de implementación del PIDCP, la decisión fue interpretada como una denuncia.

La decisión generaba un importante resquebrajamiento en el sistema de protección del Pacto y debilitaba la autoridad del Comité de Derechos Humanos en momentos de gran preocupación en materia de derechos humanos en la región de los Balcanes, provocada por una lucha interna de poderes entre los Estados Parte del Pacto. Lo que es peor, no hubo mayor reacción o condena por parte del Secretario General de la ONU, los Estados Parte del Pacto o la sociedad civil.

En 1999, bajo intervención de la OTAN, la situación en los Balcanes cambió drásticamente. El 1 de noviembre de 2000, cuando Yugoslavia entró a formar parte de la ONU como un nuevo miembro (bajo el nombre de Serbia y Montenegro), y renunció a tener continuidad de la personería de la ex Yugoslavia, esta primera suerte de denuncia del PIDCP quedó obsoleta. El 12 de marzo de 2001, Serbia y Montenegro ratificó el Pacto.

Un segundo caso de pretendida denuncia del PIDCP ocurrió en 1997 por parte de la República Popular Democrática de Corea. La República Popular Democrática de Corea ratificó el PIDCP en 1981, pero su pobre récord en materia de derechos humanos generó que sea objeto de constantes críticas. El 21 de agosto de 1997, la ex Sub Comisión para la Prevención de la Protección de las Minorías emitió una resolución⁴¹ sobre la situación de derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea en la que, además de expresar preocupación por las persistentes alegaciones de graves violaciones a los derechos humanos, solicitaba al Estado enviar el informe periódico al que se refiere el artículo 40 del Pacto, respecto del cual el Estado estaba atrasado. En respuesta, en agosto del mismo año, la República Popular Democrática de Corea notificó su decisión de retirarse del PIDCP, acusando a la ex Sub Comisión de violar la soberanía y la dignidad del país. Afirmó que se veía obligado a retirarse del PIDCP porque “elementos deshonestos” estaban abusando de sus facultades, pero aclaró que continuaría garantizando plenamente los derechos contenidos en el tratado.⁴²

41 Consejo Económico y Social. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Resolución de la Subcomisión 1997/3: *Situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea*. E-CN_4-SUB_2-RES-1997-3. 24ª sesión, 21 de agosto de 1997.

42 Ver anexo a la Notificación del depositario C.N.467.1997.TREATIES-10. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/>

Al recibir la notificación, el Secretario General de la ONU envió una comunicación a la República Popular Democrática de Corea explicándole que el PIDCP no contiene una cláusula de denuncia y que, en consecuencia, sólo sería posible denunciar el tratado si todos los otros Estados Parte manifestaban estar de acuerdo con la denuncia. En consonancia con esta interpretación, el Secretario General circuló a los Estados la notificación de la República Popular Democrática de Corea junto con su nota de respuesta.⁴³ Ciertos Estados se opusieron a la denuncia, sin que se haya producido una resolución formal al respecto.

A mes seguido, en septiembre de 1997, en el marco de una reunión de los presidentes de los órganos de tratado de la ONU en ginebra, el presidente del Comité de Derechos Humanos tomó la oportunidad para provocar una respuesta colectiva de estos organismos. En una resolución, los presidentes de los órganos de tratado manifestaron su profunda preocupación por la denuncia, cuestionaron seriamente la legalidad del procedimiento seguido, y se opusieron a la posibilidad de que una denuncia pueda producirse de manera unilateral. Adicionalmente, hicieron un llamado a la comunidad internacional a hacer todo lo posible para mantener la integridad del sistema de tratados de derechos humanos de la ONU. Los Estados no reaccionaron.

Así las cosas, pudo haberse generado un reconocimiento de la facultad de los Estados de denunciar tratados de derechos humanos que no contienen cláusulas sobre denuncia, bajo la condición de que ningún otro Estado Parte se oponga. Pero los miembros del Comité de Derechos Humanos supieron actuar con firmeza y celeridad. En octubre de 1997, el Comité de Derechos Humanos sesionó y, a la luz de la facultad establecida en el artículo 40 párrafo 4 del PIDCP, adoptó su Observación General 26.44 En esta decisión, el Comité, en tanto intérprete último del Pacto, estableció que el derecho internacional no permite que un Estado denuncie el PIDCP o se separe de él, ni aún con la aquiescencia de todos los Estados Parte, según había señalado el Secretario General de la ONU en su comunicación a los Estados.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que aún existía, apoyó las conclusiones del Comité de Derechos Humanos. El 22 de octubre de 1999,⁴⁵ el Comité de Derechos Humanos reiteró a la República Popular Democrática de Corea su solicitud

Publication/CN/1997/CN.467.1997-Eng.pdf

43 Notificación del depositario C.N.467.1997.TREATIES-10. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/1997/CN.467.1997-Eng.pdf>

44 CDH. Observación General No. 26, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *Continuidad de las obligaciones*, 66º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1997), párrafos. 2-5.

45 Informe periódico de la República de Corea (CCPR/C/114/Add.1) en sus sesiones 1791ª y 1792ª (véase CCPR/C/SR.1791 y SR.1792), , y aprobó las siguientes observaciones finales en su 1802ª sesión (CCPR/C/SR.1802), celebrada el 29 de octubre de 1999.

de informe periódico y, en mayo de 2000, el Estado sometió su segundo informe periódico al Comité, el mismo que fue conocido el en julio de 2001.⁴⁶ El informe fue valorado por el Comité, que lo tomó como una oportunidad para restablecer el diálogo con el Estado, que se había quebrado desde 1984. Si bien la República Popular Democrática de Corea no retiró formalmente su pretendida denuncia al Pacto, esta se interpretó como no presentada.

Durante los casi tres años transcurridos desde la pretendida denuncia hasta la presentación del informe periódico por parte de la República Popular Democrática de Corea, el Comité de Derechos Humanos, en tanto órgano encargado de la supervisión del cumplimiento del Pacto, jugó un rol fundamental y protagónico que contrastó con la incapacidad de reacción de los otros Estados y la desatinada respuesta del Secretario general de la ONU. Similares organismos de protección creados por los tratados de derechos humanos deberían mirar como un ejemplo al Comité de Derechos Humanos, cuya oportuna reacción logró impedir que la denuncia de la República Popular Democrática de Corea al PIDCP se haga efectiva.

La Observación General del Comité de Derechos Humanos no sólo respondió a las pretensiones de la República Popular Democrática de Corea sino que envió un mensaje contundente aclarando a otros Estados Parte del PIDCP que la denuncia del Pacto no está permitida. La ausencia de una norma que expresamente permita la facultad de denunciar el Pacto no es una cuestión gratuita, por el contrario, es significativa. Tal omisión da cuenta que la intención del tratado fue impedir que unilateralmente se desconozcan obligaciones asumidas en favor de los ciudadanos. En palabras del Comité, “los redactores del Pacto tuvieron el propósito deliberado de excluir la posibilidad de denuncia. Se llega a esa misma conclusión respecto del Segundo Protocolo Facultativo, en el que se omitió deliberadamente la inclusión de una cláusula de denuncia”.⁴⁷

Lo que es más, la decisión del Comité ha servido y servirá para guiar la interpretación de otros organismos de protección en relación con tratados que guardan silencio respecto de la facultad de denunciar. Así, por ejemplo, los tratados de derechos humanos adoptados en el marco de la Organización de la Unidad Africana y su sucesora, la Unión Africana, no contienen una cláusula de denuncia.⁴⁸ Si bien no hay casos

46 Informe periódico de la República de Corea (CCPR/C/PRK/2000/2) en sus sesiones 1944^a a 1946^a, celebradas los días 19 y 20 de julio de 2001

47 CDH. Observación general N° 26. Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *Continuidad de las obligaciones*, 66° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1997), párrafo 2.

48La excepción a esta regla la constituye la Convención de Kampala sobre Desplazados Internos de 2009 que permite una denuncia motivada con un preaviso de un año. Artículo 19.

de denuncia a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la decisión del Comité de Derechos Humanos constituye un fundamento para sostener que no sería viable denunciar este tratado en tanto no contiene una cláusula de denuncia. Lo mismo podríamos sostener respecto de otros tratados de derechos humanos celebrados en el marco de la ONU que guardan silencio sobre la facultad de denunciar, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1979, o el Protocolo para la abolición de la Pena de Muerte de 1989. En el mismo sentido, podríamos entender que no están permitidas las denuncias de los dos Protocolos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 y el de Abolición a la Pena de Muerte de 1990), en tanto ninguno de ellos establece expresamente la facultad de denunciar.

Sin embargo, la interpretación de que está prohibida la denuncia de todo tratado que no lo permita de manera explícita no es unívoca. Parecería que a juicio de la Comisión Africana de Derechos Humanos resulta necesario atender a la intención de los Estados Partes de permitir la denuncia de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La Comisión examinó un caso en el que consideró decretos adoptados por el gobierno militar de Nigeria con miras a anular los efectos internos de la Carta Africana de Derechos Humanos, y en su decisión señaló:

Given that Nigeria ratified the African Charter in 1983, it is presently a convention in enforce in Nigeria. If Nigeria wished to withdraw its ratification, it would have to undertake an international process involving notice, which it has not done. Nigeria cannot negate the effects of its ratification of the Charter through domestic action.⁴⁹

El lenguaje sugiere que la Comisión Africana admite que una denuncia a la Carta es posible, aunque no esté expresamente permitida, siempre y cuando se cumplan las formalidades del procedimiento de denuncias.

2.2.3. Denuncia de tratados con procedimientos jurisdiccionales optativos

La mayoría de casos de denuncia de tratados de derechos humanos está relacionada con la intención de evitar el control judicial o cuasi-judicial internacional previsto en tales tratados. Así lo reconoció el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su resolución de 1999 sobre la continuidad de las obligaciones

⁴⁹ Comisión Africana de Derechos Humanos. *Civil Liberties Organization v. Nigeria*, Comunicación No. 129/94 (1995), párrafo 13.

establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos.⁵⁰ Si bien la resolución admite que el retiro de un mecanismo de protección de derechos humanos será legal o no de conformidad con las disposiciones del tratado en cuestión, observó que en la práctica las denuncias ocurren como consecuencia de decisiones en las que los mecanismos de protección de derechos establecidos por tales tratados determinan la responsabilidad internacional de los Estados.

Con frecuencia, los tratados internacionales de derechos humanos establecen procedimientos facultativos que permiten a los organismos de supervisión de cada tratado conocer peticiones o denuncias individuales en las que se alega que un Estado violó las obligaciones adquiridas en el marco del tratado. Así, no basta con que el Estado ratifique el tratado para que un individuo pueda presentar denuncias contra ese Estado, sino que el Estado debe realizar pasos adicionales para que los organismos de protección tengan competencia para conocer casos y determinar la responsabilidad internacional de un Estado en particular. Por ejemplo, no basta con ser un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino que, de conformidad con el Artículo 62 de la Convención, es necesario que los Estados depositen un instrumento de ratificación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. De manera similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, no contemplan entre sus disposiciones mecanismos de denuncia individual ante sus respectivos Comités. Es necesario que los Estados ratifiquen los Protocolos Facultativos para otorgar a los Comités la competencia de conocer comunicaciones individuales contra un Estado. Resulta necesario entonces determinar cómo ha operado en la práctica la denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos cuyos procedimientos jurisdiccionales son optativos.

El primer caso ocurrió en 1997 cuando Jamaica denunció el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Protocolo tiene por objetivo facultar al Comité de Derechos Humanos (creado por el Pacto) para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El artículo 12 del Protocolo Facultativo permite expresamente que los Estados Parte denuncien el Protocolo en cualquier momento, y establece que la denuncia surtirá efecto tres meses después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación. Además establece que la denuncia no afecta a las comunicaciones presentadas antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

⁵⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Continuidad de las obligaciones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos". Sub Comité. Resolución 1999/5, 25 de agosto de 1999.

La denuncia de Jamaica estuvo precedida por denuncias de cientos de personas condenadas a pena de muerte, y decisiones reiteradas del Comité de Derechos Humanos en las que este organismo determinó la responsabilidad internacional del Estado de Jamaica y recomendó la liberación de los condenados y su reparación.

No es posible comprender esta denuncia, así como las posteriores denuncias de Guyana y Trinidad y Tobago, sin referirnos a la decisión del caso Pratt and Morgan. Recordemos que, si bien los Estados angloparlantes del Caribe se independizaron del Reino Unido en la década de los 60, mantienen hasta ahora vínculos jurídicos con ese país. Tal es así que la más alta corte de apelaciones para estos países continúa siendo el Judicial Committee of The Privy Council (JCPC), una institución que remonta sus orígenes a la conquista normanda. Los miembros del Consejo eran asesores de la Corona y actuaban bajo la premisa de que “el Rey es la fuente de toda justicia en todos sus dominios”. Hoy en día, los miembros del JCPC son jueces británicos de la Casa de los Lores.

En 1993, el JCPC se refirió al fenómeno de la pena de muerte en el caso Pratt v. Attorney-General for Jamaica. El caso no cuestionaba la pena de muerte en sí, sino que alegaba que los extensos períodos de detención de los condenados a pena de muerte constituían tratos o penas crueles y degradantes, prohibidos constitucional e internacionalmente. Earl Pratt e Ivan Morgan habían sido condenados a pena de muerte en 1979, a esta condena le sucedieron una serie de apelaciones internas e internacionales, tanto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como ante el Comité de Derechos Humanos. En 1986, el Comité emitió una medida interina de protección solicitando que Jamaica se abstenga de ejecutar a Pratt y Morgan hasta que el Comité pueda revisar sus denuncias. En 1988, el Comité declaró admisibles las peticiones, y su decisión sobre el fondo recién fue emitida en 1989.

Al tiempo, las apelaciones internas provocaron que el JCPC conozca los casos de Pratt y Morgan en 1993, más de 14 años después de su condena. El JCPC condenó el sistema de apelaciones que permitía que se dilate la ejecución de la condena por tantos años y señaló que una demora mayor a cinco años en ejecutar a una persona condenada a pena de muerte sería inconstitucional. A juicio del JCPC, los cinco años eran suficientes para agotar recursos internos y obtener decisiones de organismos internacionales. Ejecutar a los señores Pratt y Morgan después de más de una década de mantenerlos en el corredor de la muerte constituía, según el JCPC, un trato cruel e inhumano.

En consecuencia, las instancias internacionales se convirtieron en un obstáculo para que Jamaica y los países del Caribe puedan ejecutar a los condenados a pena de

muerte dentro del plazo máximo de cinco años fijado por el Comité. Jamaica procuró un acercamiento a la Comisión Interamericana y al Comité de Derechos Humanos para que estos organismos decidan los casos de pena de muerte en un período inferior a siete meses. Como consecuencia de la negativa de estos organismos a aceptar tales condiciones, incompatibles con sus procedimientos internos así como con sus recursos humanos y financieros, el 23 de octubre de 1997 Jamaica denunció el Protocolo Facultativo al PIDCP, desterrando el derecho de los individuos a presentar peticiones ante el Comité de Derechos Humanos. No fue necesario que Jamaica denunciara también la Convención Americana sobre Derechos Humanos en tanto nunca depositó su instrumento de ratificación de la competencia contenciosa de la Corte. Cabe notar que el Comité continuó conociendo casos que habían sido presentados antes de la denuncia de Jamaica, y por ello continuó participando de estos procedimientos en reconocimiento de que la denuncia no tiene un efecto retroactivo.

En tanto las decisiones del JCPC constituyen un precedente obligatorio para otros Estados sometidos a su jurisdicción, la decisión del caso Pratt and Morgan motivó a que el 26 de mayo de 1998 Trinidad y Tobago denuncie tanto el Protocolo Facultativo al PIDCP como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Una vez hecha efectiva la denuncia al Protocolo Facultativo, lo ratificó nuevamente, pero esta vez con una reserva dirigida a impedir que el Comité de Derechos Humanos revise peticiones de condenados a pena de muerte. En noviembre de 1999, el Comité de Derechos Humanos declaró admisible una petición presentada por un condenado a pena de muerte en Trinidad y Tobago, declarando que tal reserva era incompatible con el objeto y fin del tratado.⁵¹

En consecuencia, Trinidad y Tobago denunció nuevamente el Protocolo Facultativo el 27 de marzo de 2000, constituyéndose en el único Estado que ha denunciado un tratado de derechos humanos en dos ocasiones. Por su parte, Guyana, si bien no estaba vinculada por las decisiones del JCPC, denunció el Protocolo Facultativo el 5 de enero de 1999 como reacción a la primera decisión del Comité de Derechos Humanos contra Guyana, en la que el Comité recomendó que dos condenados a pena de muerte sean liberados⁵². El gobierno consideró esta decisión una violación a la soberanía nacional, denunció el protocolo y luego lo ratificó nuevamente con una reserva idéntica a la que había presentado Trinidad y Tobago, con el fin de impedir que el Comité conozca casos de condenados a pena de muerte. El Comité de Derechos Humanos ha

51 CDH. Caso "Rawle Kennedy vs. Trinidad y Tobago". Communication No. 845/1998, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/845/1998 (2002).

52Dictámenes del Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo Comunicación N° 812/1998.

recomendado a Guyana que retire la reserva formalmente⁵³, sin que el Estado haya cumplido esta recomendación.

La reacción de otros Estados Parte del PIDCP frente a estas denuncias fue casi nula. Tampoco existen nuevas iniciativas estatales para promover una nueva ratificación del Protocolo por parte de Estos países. La sociedad civil, sobre todo a nivel de organizaciones internacionales de derechos humanos como Amnistía Internacional, condenó fuertemente las denuncias, pero tal condena no fue suficiente para impedir que se hagan efectivas. El Comité de Derechos Humanos a través de sus informes periódicos hizo llamados para que se retiren las denuncias, también sin éxito.⁵⁴ Curiosamente, lo que sí generó una reacción de rechazo por varios Estados Parte, fue la reserva introducida con ocasión de la ratificación del Protocolo Facultativo con ocasión de su segunda ratificación por parte de Trinidad y Tobago así como Guyana. Si bien los otros Estados no son los que determinan la validez de las denuncias o reservas, Finlandia, Francia, Países Bajos, Polonia, España, Suecia y otros consideraron que el derecho internacional de los derechos humanos impide realizar reservas posteriores a la ratificación, de tal forma que la práctica de denunciar un instrumento con el único fin de volverlo a ratificar para presentar una reserva sentaba un fatal precedente para el derecho de los tratados.

Por parte de la academia, la denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos por parte de estos tres Estados del Caribe ha sido vista como una consecuencia del aumento en la legalización y judicialización del derecho internacional, cuyos procedimientos cuasi-judiciales y judiciales son cada vez más complejos y lentos⁵⁵.

El caso de Perú es similar a los anteriores, en tanto se produjo como consecuencia de decisiones de la Corte Interamericana que incomodaron al gobierno de Alberto Fujimori. El 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana dictó sentencia en el Caso Castillo Petrucci y otros contra el Perú.⁵⁶ En dicha decisión, la Corte encontró al Perú responsable por la violación de diversas disposiciones de la Convención Americana y ordenó, entre otros, que se garantice a las víctimas un nuevo juicio en plena observancia de su derecho al debido proceso. De manera inmediata, el entonces Presidente Fujimori anunció que no cumpliría la sentencia. Casi al mismo tiempo, el

53 Comité de Derechos Humanos, Comentario General 24(13). En el mismo sentido, Comité de Derechos Humanos, Comentario General 24(8).

54 Segundo Informe Periódico del Comité de Derechos Humanos respecto de Jamaica. 1997. CCPR/C/42/Add.15. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F42%2FAdd.15&Lang=en.

55 Helfer, Laurence R., Over legalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes. *Columbia Law Review*, Vol. 102, November 2002; *Vanderbilt Public Law Research Paper No. 06-05*; *Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2002-13*

56Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas)

14 de junio de 1999, la Corte Suprema de Justicia de Perú declaró inejecutable⁵⁷ la sentencia sobre reparaciones que el 27 de noviembre de 1998 había emitido la Corte Interamericana en el caso Loayza Tamayo.⁵⁸

El primero de julio de 1999, el Estado de Perú presentó ante el Secretario General de la OEA un documento titulado “Resumen de la posición del Estado peruano ante la OEA, sobre la sentencias emitidas por la Corte IDH en los casos Castillo Petrucci y Loayza Tamayo”,⁵⁹ explicando las razones en virtud de las cuales no cumpliría las decisiones del tribunal interamericano. Siete días más tarde, el Congreso peruano aprobó por 66 votos a favor, 33 en contra y una abstención un proyecto impulsado por el Presidente Fujimori mediante el cual se decidió el “retiro, con efecto inmediato, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.⁶⁰ La decisión, que no implicaba una denuncia de la Convención Americana sino únicamente un desconocimiento de la facultad contenciosa de la Corte, fue notificada al Secretario General de la OEA el 9 de julio de 1999.

No obstante, el 24 de septiembre de 1999, la Corte Interamericana dictó una sentencia sobre competencia en la que resolvió que “es inadmisibles el pretendido retiro por el Perú de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte con efectos inmediatos, así como cualesquiera consecuencias que se busque derivar de dicho retiro, entre ellas, la devolución de la demanda, que resulta irrelevante”.⁶¹ La Corte recordó que un Estado parte sólo puede desvincularse de sus obligaciones atendiendo a las disposiciones del propio tratado, y señaló que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la posibilidad de denunciar todo el tratado, pero no prevé explícitamente el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte. Al no existir una cláusula expresa que permita retirar la declaración que reconoce la competencia contenciosa de la Corte, el Tribunal consideró que el pretendido retiro de Perú de la competencia contenciosa de la Corte era incompatible con el objeto y fin de la Convención.

Posteriormente, la caída del régimen de Fujimori favoreció las condiciones políticas para dejar sin efecto la pretendida denuncia de Perú al procedimiento contencio-

57 Resolución del Pleno del Tribunal Constitucional de Perú. 31 de agosto de 2009. EXP. N.º 04063-2007-PA/TC

58 Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas)

59 Representación Permanente del Estado de Perú ante la OEA. *Posición del gobierno peruano ante los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1 de julio de 1999.

60 Congreso de la República de Perú. Resolución Legislativa n.º 27152. Citada por: Dulitzky, Ariel. *El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú*. Análisis Jurídico. Pensamiento Constitucional. Año VI No. 6.

61 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (Competencia); *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Párr. 36.

so de la Corte Interamericana. El 12 de enero de 2000, el Congreso de la República acordó,⁶² derogar la resolución legislativa a través de la cual se había decidido retirar el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, así como encargar al poder ejecutivo realizar las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que habría generado tal resolución. El 29 de enero de 2001, el Estado de Perú notificó al Secretario General de la OEA que el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, efectuado por Perú el 20 de octubre de 1980, se encontraba plenamente vigente y comprometía al Estado peruano de manera ininterrumpida desde el depósito de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte realizado el 21 de enero de 1981. Así, vale decir que Perú no denunció la Convención Americana y su pretensión de denunciar el procedimiento facultativo que otorga competencia contenciosa a la Corte fue considerada inválida tanto por la propia Corte como por el gobierno que sucedió al régimen de Fujimori.

Finalmente, la sección relativa a denuncias de tratados con procedimientos jurisdiccionales optativos no estaría completa sin una mención a la denuncia de Estados Unidos al Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1961. Si bien la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no es propiamente de un tratado de derechos humanos, ni puede decirse que el objetivo del tratado como un todo sea la protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha establecido que algunas de sus disposiciones conciernen a los derechos humanos, en tanto reconocen el derecho del nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar asistencia consular en el Estado receptor.⁶³ El Protocolo Facultativo a esta Convención otorga a la Corte Internacional de Justicia jurisdicción para decidir quejas entre Estados Parte de la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

En marzo de 2005, Estados Unidos denunció el Protocolo luego de que la Corte Internacional de Justicia lo declare internacionalmente responsable por la violación del derecho de notificación consular en varios casos.⁶⁴ Ahora bien, el Protocolo no contiene una cláusula que expresamente permita su denuncia. En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia establecida en los casos citados previamente en este ensayo, implica que la denuncia no está permitida, es contraria al objeto y fin del tratado y

⁶² Congreso de la República de Perú. Resolución Legislativa N° 27401.

⁶³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-16/99. 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Párr. 2.

⁶⁴ En relación con la denuncia de Estados Unidos al Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, véase: Quigley, John. *The United States' Withdrawal from International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases; Reasons and Consequences*.

debería declararse inválida por parte del órgano a cargo de la supervisión del tratado, esto es, la Corte Internacional de Justicia. No obstante, no ha existido un pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia al respecto, ni los Estados han reaccionado condenando esta pretendida denuncia, quizá porque Estados Unidos de todas maneras no cumplía las decisiones de esta Corte respecto del derecho de notificación consular. Llama la atención también la poca atención que esto suscitó en la sociedad civil estadounidense, considerando que uno de los efectos de esta denuncia, si fuera válida, es que Estados Unidos no podría demandar a otro Estado si ese otro Estado viola el derecho de notificación consular de un estadounidense detenido en el Estado receptor. Resultaría interesante que un Estado demande nuevamente a Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia con base en el Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, para que la Corte pueda pronunciarse sobre la validez de esta denuncia.

2.2.4. Denuncia de tratados constitutivos de organizaciones con sistemas de protección de derechos humanos

En ciertas ocasiones, y particularmente cuando la denuncia de los tratados de derechos humanos o sus protocolos facultativos no es viable o es insuficiente para impedir que los órganos creados por tales tratados supervisen a los Estados en materia de derechos humanos, los Estados podrían considerar denunciar los tratados constitutivos de las organizaciones que han previsto sistemas de protección de derechos humanos, lo que implicaría dejar de ser un Estado Miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Consejo de Europa (COE) o la Unión Africana (UA). Vale decir que todas estas organizaciones incluyen la protección de los derechos humanos entre sus propósitos fundamentales, al punto que una denuncia a sus tratados constitutivos tendría serios efectos en la protección de derechos humanos en el Estado denunciante.

El primer antecedente de esta naturaleza constituye la denuncia de Japón a la Sociedad de las Naciones (conocida también como Liga de las Naciones), ocurrida en marzo de 1933 luego de que la Sociedad ordenara el retiro de Japón en Manchuria. Pero no podría decirse que la Sociedad de las Naciones tenía un procedimiento de protección de derechos humanos, por lo que no hace falta detenernos en este ejemplo. Lo menciono simplemente porque el tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas, sucesora de la Sociedad de las Naciones, no contiene una cláusula de denuncia y es posible que el antecedente de Japón haya motivado a los redactores de la Carta de la ONU a omitir deliberadamente la posibilidad de denunciar este tratado para preservar su universalidad.

Con posterioridad a la adopción de la Carta de la ONU y la Declaración Universal de Derechos Humanos, podría mencionarse el caso de Siria, que en 1958 se unió a Egipto para formar la República Árabe Unida. Egipto y Siria fueron Miembros originales de las Naciones Unidas y luego la República Árabe Unida continuó como un solo Estado Miembro hasta 1961. Así, tampoco constituye un verdadero caso de denuncia, pues Siria reasumió la condición de Estado independiente y simultáneamente su calidad de Estado Miembro separado.

En 1965, Indonesia intentó denunciar la Carta de la ONU como reacción a un conflicto con la Federación de Malasia, que iba a pasar a ser parte del Consejo de Seguridad de la Organización. Indonesia se alejó de la Organización por casi un año, pero luego reasumió sus obligaciones por lo que el caso se ha interpretado no como una denuncia, sino como una interrupción de colaboración de Indonesia con la ONU. No resulta extraño que hasta ahora no existan casos de Estados que hayan denunciado al tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas, en tanto la Carta de la ONU no contiene una cláusula expresa que permita su denuncia.

Vale también analizar lo sucedido con el Consejo de Europa. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, fue objeto de una denuncia el 12 de diciembre de 1969, por parte de Grecia. La denuncia está permitida por el Artículo 58 del Convenio y se hizo efectiva, según las disposiciones del mismo Convenio, el 13 de junio de 1970. Si bien este caso podría analizarse en la sección relativa a la denuncia de tratados que permiten expresamente la denuncia, lo he incluido en esta sección en tanto una denuncia al Convenio Europeo de Derechos Humanos implicó también separación del Consejo de Europa. De hecho, la denuncia de Grecia estuvo acompañada por denuncias al Primer Protocolo al Convenio Europeo así como al Estatuto del Consejo de Europa. El artículo 7 del Estatuto del Consejo de Europa permite que cualquier miembro se retire del Consejo notificando su decisión al Secretario General.

Esta denuncia fue consecuencia de la inminente expulsión de Grecia del Consejo de Europa⁶⁵ en aplicación del artículo 8 del Convenio, a raíz de los hechos ocurridos en el marco de la llamada “Revolución de los Coroneles” que provocaron que varios Estados Parte del Convenio Europeo –particularmente países escandinavos⁶⁶- presentaran comunicaciones interestatales contra Grecia en el marco de las cuales la Comisión Europea de Derechos Humanos condenó a Grecia por cometer graves actos

65 La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa había declarado ya que Grecia no cumplía las condiciones para ser un Estado Parte del Consejo de Europa y recomendado que el Consejo de Ministros considere su expulsión.

66 Council of Europe. *European Commission of Human Rights*. “The Greek Case”.

de tortura, entre otras graves violaciones de derechos humanos. Vale recordar que en ese entonces Grecia no era un Estado democrático, pues en 1967 una junta militar dio un golpe de Estado duramente criticado por el Consejo de Europa. La denuncia de Grecia al Estatuto del Consejo de Europa y al Convenio Europeo de Derechos Humanos restó toda legitimidad al régimen militar y finalmente la presión internacional condujo a la restauración de la democracia en Grecia en 1974. En noviembre de ese mismo año, Grecia retornó al régimen del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. El ejemplo de Grecia muestra que los Estados europeos fueron capaces de generar una presión política suficiente para dejar sin efecto una denuncia al Convenio Europeo de Derechos Humanos y lograr que un Estado se reincorpore al Consejo de Europa.

Desde 1969, ningún Estado Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha vuelto a ejercer su derecho de denuncia. No obstante, a partir de 2013 se volvió evidente que el gobierno del Reino Unido empezó a considerar seriamente su retiro del sistema europeo de derechos humanos. Un particular detonante de esta decisión constituyeron las decisiones del Tribunal Europeo que impiden al Reino Unido deportar a supuestos terroristas debido a su fundado temor de ser sometidos a torturas en su país de origen.

El partido de gobierno en el Reino Unido ha considerado derogar el Human Rights Act, norma que incorpora a la legislación británica el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La propuesta es reemplazar esta norma por una carta de derechos británica que “rompa el lazo formal entre los tribunales británicos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Si bien la propuesta existe formalmente en el Parlamento, su consideración continúa siendo postergada. En el sistema regional africano, el único precedente constituye la denuncia de Marruecos a la Organización para la Unidad Africana (OUA) en 1984. La denuncia estaba expresamente permitida por la Carta de la OUA.⁶⁷ Esta denuncia no estuvo vinculada con críticas a Marruecos en materia de derechos humanos sino que fue una respuesta a la decisión de la cumbre de la Organización para la Unidad Africana que se está celebrando en Addis Abeba, de permitir que la República Árabe Saharaui Democrática (RASD) ocupe un asiento en la cumbre. Hasta la fecha, Marruecos es el único Estado que no forma parte de la Unión Africana (UA), organización que desde el 2001 reemplazó a la Organización para la Unidad Africana y que reúne a 54 estados africanos. A pesar del precedente de Marruecos, los redactores del Acuerdo Constitutivo de la Unión Africana decidieron incluir expresamente la facultad de denunciar el tratado.⁶⁸

⁶⁷ Carta de la Organización para la Unidad Africana, artículo 32.

⁶⁸ Acuerdo Constitutivo de la Unión Africana, artículo 31.

En el sistema interamericano no existen antecedentes de denuncia a la Carta de la OEA, a pesar de que este tratado constitutivo sí contiene una cláusula expresa de denuncia.⁶⁹ Ciertos Estados han amenazado con retirarse de la OEA, sin que tales amenazas se hayan materializado. Así, Nicaragua amenazó con dejar la organización como reacción a una resolución adoptada en 2010 por el Consejo Permanente de la Organización respecto del conflicto entre Nicaragua y Costa Rica, y desde 2011 Ecuador ha amenazado constantemente con “salir” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como reacción a decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que han resultado incómodas para el gobierno de Rafael Correa. A pesar de las amenazas, y aunque el tratado de la Organización lo permite, una denuncia a la Carta de la OEA sería un hecho sin precedentes en la historia de este sistema regional. A continuación nos referiremos específicamente al caso de Ecuador.

2.2.5. La eventual denuncia de Ecuador a los Tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

A partir de decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuestionando el cumplimiento del Estado ecuatoriano con sus obligaciones en materia de derechos humanos, el gobierno de Rafael Correa empezó a amenazar de manera pública y reiterada con “salir” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En particular, las decisiones de la Comisión respecto del caso “El Universo”,⁷⁰ los informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y las medidas cautelares para proteger a personas condenadas a prisión por presentar denuncias contra el primer mandatario,⁷¹ entre otras, resquebrajaron la relación entre el Estado de Ecuador y la Comisión. Las amenazas también pudieron estar catalizadas por la decisión de Venezuela de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos en septiembre de 2012. No sorprende que esta denuncia haya ocurrido al mismo tiempo en el que el Estado de Ecuador y otros Estados de la OEA reiteraban su intención de avanzar hacia la universalización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y sin embargo no existió pronunciamiento alguno por parte de Ecuador lamentando este evidente retroceso en la universalización del sistema. Mientras el Canciller de Ecuador daba una gira por catorce Estados de la región para motivar a que los Estados que aún no lo han hecho, ratifiquen la Convención Americana, Venezuela de-

69 El artículo 143 de la Carta de la OEA dispone: “Esta Carta regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciada por cualquiera de los Estados miembros, mediante comunicación escrita a la Secretaría General, la cual comunicará en cada caso a los demás las notificaciones de denuncia que reciba. Transcurridos dos años a partir de la fecha en que la Secretaría General reciba una notificación de denuncia, la presente Carta cesará en sus efectos respecto del Estado denunciante, y éste quedará desligado de la Organización después de haber cumplido con las obligaciones emanadas de la presente Carta”.

70 CIDH. MC 406/11 – Emilio Palacio, Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Pérez Barriga y César Pérez Barriga, Ecuador; CIDH. Informe No. 66/15. Petición 1436-11. Admisibilidad. Emilio Palacio Urrutia y otros. Ecuador. 27 de octubre de 2015.

71 CIDH. MC 30/14 - Fernando Alcibiades Villavicencio Valencia y otros, Ecuador.

nunciaba la Convención sin que el Canciller realice gestión alguna para evitar que la denuncia se haga efectiva. Los silencios y omisiones podrían estar relacionados con la posibilidad de que Ecuador siga los pasos de Venezuela.

En todo caso, las autoridades ecuatorianas no han explicado si están considerando una denuncia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o una denuncia a la Carta de la OEA, por lo que examinaré brevemente ambas posibilidades. Ante la posibilidad de que el Estado denuncie la Convención Americana, es necesario primero recordar que esa denuncia no tendría efectos retroactivos. El artículo 78.2 de la Convención establece que la denuncia “no tendrá el efecto de desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”. A través de este artículo, los Estados pretendieron asegurarse de que no se utilice a la denuncia de la Convención como un pretexto para evadir la responsabilidad ante un evidente incumplimiento de las disposiciones de la Convención. Así, toda violación de derechos humanos ocurrida durante la vigencia de la Convención en Ecuador, seguirá sometida al escrutinio de la Comisión y la Corte Interamericanas.

Segundo, en virtud del inciso primero del artículo 78 de la Convención, esa eventual denuncia recién se haría efectiva un año después de que sea notificada al Secretario General de la Organización. El preaviso de un año está contemplado con el propósito de que durante este plazo el Estado pueda reconsiderar su decisión y retirar la denuncia antes de que se haga efectiva. El reciente caso de la denuncia de Venezuela a la Convención demuestra, sin embargo, que ni los Estados, ni la sociedad civil fueron capaces de generar una presión internacional suficiente para impedir que la denuncia se haga efectiva transcurrido el año de preaviso.

Tercero, dado que la Comisión es un órgano principal de la organización según los artículos 106 y 53 de la Carta de la OEA, mientras que la Corte es un órgano creado por la Convención Americana, la denuncia de la Convención Americana implicaría únicamente que la Corte perdería competencia para pronunciarse sobre hechos ocurridos en Ecuador con posterioridad a que se haga efectiva la denuncia, pero seguiría teniendo competencia en casos de violaciones a los derechos humanos ocurridas antes de que se haga efectiva la denuncia. Adicionalmente, el Estado estaría obligado a cumplir las sentencias de la Corte dictadas antes de que la denuncia se haga efectiva.

Por su parte, la Comisión seguiría siendo competente para conocer violaciones de derechos humanos ocurridas en Ecuador, tanto a través del procesamiento de peticiones, casos y medidas cautelares como a través de las distintas facultades que aplica

la CIDH para supervisar la situación de derechos humanos en los Estados miembros. Respecto de hechos ocurridos con posterioridad a que se hiciera efectiva una eventual denuncia, la Comisión se pronunciará sólo con base en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y no con base en la Convención. Cabe aclarar que no importa la fecha en la que se presenten los casos, sino la fecha en la que hayan ocurrido los alegados hechos violatorios de derechos humanos. Así, peticiones presentadas con posterioridad a que se haga efectiva la denuncia, todavía podrían ser tramitadas a la luz de las obligaciones del Estado bajo la Convención Americana, y serían susceptibles de ser conocidas por la Comisión y la Corte Interamericanas.

En consecuencia, mientras Ecuador continúe siendo un Estado miembro de la OEA, aunque no sea un Estado Parte de la Convención, la Comisión Interamericana continuará cumpliendo con su mandato de promoción y supervisión de la situación de derechos humanos en Ecuador, y tramitando peticiones, casos y medidas cautelares. La jurisprudencia y práctica del sistema interamericano han reconocido que la Declaración Americana es fuente de obligaciones legales para los Estados miembros de la OEA, incluidos, en particular, los que no son parte de la Convención Americana. Además, aquellas normas de la Convención Americana que han pasado a formar parte del derecho consuetudinario internacional o que han alcanzado el status de normas *iuscogens*, seguirían siendo aplicables.

Ahora bien, la molestia del Estado ecuatoriano está dirigida hacia la Comisión y no hacia la Corte Interamericana. Por la estructura del sistema, una denuncia a la Convención Americana sólo tendría por efecto suspender la competencia contenciosa de la Corte, pero no respondería al propósito del Estado ecuatoriano de evitar la supervisión de la Comisión. Sólo una denuncia a la Carta de la OEA serviría a los propósitos de impedir que la Comisión supervise al Estado ecuatoriano. Según se analizó en la sección anterior, si bien la denuncia a la Carta de la OEA está prevista en el tratado, sería un acto sin precedentes en la historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En mi opinión, resulta improbable que las amenazas se materialicen. La denuncia a la Carta de la OEA requiere un preaviso de dos años, de forma tal que hasta que se haga efectiva toda violación de derechos humanos ocurrida durante el gobierno del Presidente Correa continuaría bajo la competencia de la Comisión. La denuncia a la Convención Americana no tiene el propósito buscado por el gobierno de evitar los pronunciamientos de la Comisión, y resulta inverosímil imaginar que el gobierno denuncie la Convención Americana justo cuando acaba de lograr que Patrio Pazmiño -juez de la Corte Constitucional que el Estado candidatizó y cuya cercanía al régimen es innegable- sea nombrado magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.3. Los límites derivados del derecho interno.

Hasta aquí hemos analizado que, como consecuencia de la especial naturaleza de las obligaciones que los Estados asumen en virtud de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos establece límites a la facultad de los Estados de retirarse de estos tratados, incluso más allá de los límites derivados de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. También vimos que existen muy pocos casos de denuncias de tratados de derechos humanos, y que los organismos de supervisión de los tratados de derechos humanos han llegado a desconocer tales denuncias por considerarlas contrarias al objeto y fin de los tratados. Adicionalmente, el derecho adjetivo y sustantivo de cada Estado Parte podría imponer límites adicionales a la facultad de denunciar tratados internacionales.

En el caso de Venezuela, la más reciente denuncia a un tratado internacional de derechos humanos, Ayala Corao ha expuesto cómo

La decisión del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), además de afectar la protección colectiva de los derechos de las víctimas ante el sistema regional interamericano, viola su propia Constitución en virtud de que ésta (i) le otorgó jerarquía y supremacía constitucional a los tratados relativos a los derechos humanos; (ii) incorporó a la CADH expresamente en su normativa dentro de los requisitos internos que cumplir en los estados de excepción; (iii) consagró el derecho de protección internacional de los derechos humanos mediante el sistema de peticiones individuales previsto en los tratados sobre la materia; (iv) consagró en el derecho interno el principio de progresividad de los derechos humanos conforme a los tratados sobre la materia; y (v) estableció a los derechos humanos como un principio rector de las relaciones internacionales del Estado.⁷²

Un ejercicio similar podría realizarse a la luz del derecho constitucional ecuatoriano, a pesar de que nuestra Constitución no consagra, como la de Venezuela, el derecho de petición internacional. La Constitución de 2008 otorga una jerarquía privilegiada a los tratados internacionales de derechos humanos y los incorpora al bloque de constitucionalidad. Según el artículo 424, los tratados pueden prevalecer sobre cualquier norma jurídica, incluso por sobre la Constitución, bajo la condición de que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución. Adicionalmente, en

⁷² Carlos Ayala Corao. "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2013).

virtud del artículo 417 de la Constitución, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos son aplicables los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta. Y a la luz del numeral tercero del artículo 11 de la norma constitucional, los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Los tratados internacionales de derechos humanos se entienden incorporados a la Constitución de Ecuador por su pertenencia al bloque de constitucionalidad, e incluso tienen una jerarquía superior a la Constitución en tanto sus normas sean más favorables al ejercicio de los derechos; en consecuencia, tales tratados deben gozar de una rigidez normativa por lo menos equiparable a la de la Constitución. No podrían los tratados de derechos humanos a los que la Constitución hace referencia con tanta frecuencia desaparecer de la normativa ecuatoriana únicamente a voluntad del gobierno de turno.

Además, el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana consagra el principio de progresividad de los derechos. Según esta norma, el contenido de los derechos se desarrolla de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. De hecho, varias leyes, sentencias y planes emitidos en Ecuador hacen referencia explícita a tratados internacionales de derechos humanos de los que Ecuador es parte, incluyendo la Convención Americana. El citado artículo 11 menciona también que cualquier acción de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos, será inconstitucional.

El lenguaje es lo suficientemente amplio como para sostener que la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos, acto claramente regresivo en materia de derechos, sería contraria a la Constitución. La protección de los derechos humanos hace parte de un régimen que siempre podrá ser ampliado, mas no restringido. La denuncia de un tratado de derechos humanos como la Convención Americana significaría una regresión inaceptable respecto de derechos protegidos de manera más favorable en la Convención que en la Constitución, como por ejemplo el derecho a la libertad de expresión. También debemos prestar atención al procedimiento a través del cual se perfecciona la denuncia. Si bien a nivel internacional basta con que la denuncia sea debidamente notificada al Secretario General de la organización en cuestión, y tal notificación en Ecuador dependería únicamente de la Cancillería, no podemos asumir que bastaría la voluntad del Presidente de la República para que se materialice la denuncia. En un Estado constitucional y democrático, estos actos no se realizan sin consulta a los otros poderes del Estado. De hecho, varios Estados han

establecido sistemas de chequeos y balances respecto de la decisión de denunciar tratados internacionales⁷³.

La lógica nos llevaría a asumir que, por lo menos, el proceso de denuncia debe ser similar al proceso de ratificación de un tratado internacional de derechos humanos. La ratificación de los tratados internacionales es una de las atribuciones que la Constitución asigna al Presidente de la República (artículo 147). Según la norma constitucional, si bien corresponde al Presidente de la República suscribir o ratificar tratados internacionales, este está obligado a informar de manera inmediata a la Asamblea Nacional sobre todos los tratados que suscriba (artículo 418). La Asamblea Nacional, a su vez, está facultada para aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda (artículo 120). Los tratados internacionales que se refieran a derechos y garantías establecidos en la Constitución están entre los casos que requieren una ratificación por parte de la Asamblea Nacional (artículo 419). Pero antes de la aprobación legislativa, es necesario un dictamen previo y vinculante de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional (artículo 438).

Bajo el principio de que las cosas se deshacen como se hacen, la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos debería pasar por un procedimiento de control previo por parte de la Corte Constitucional y ratificación de la decisión de denunciar por parte de la Asamblea Nacional. No obstante, la Constitución contiene normas expresas para el procedimiento de denuncia. Según el artículo 420 de la Constitución, “la denuncia de un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República”. Si leyéramos este artículo aisladamente, podríamos pensar que el Presidente está plenamente facultado para denunciar tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, según el artículo 419 numeral cuarto de la Constitución, la denuncia de los tratados internacionales que se refieran a derechos y garantías establecidos en la Constitución requiere la aprobación previa de la Asamblea Nacional. Así, una denuncia a un tratado internacional debidamente notificada al Secretario General por parte de Cancillería sería inconstitucional si no fue previamente aprobada por la Asamblea. La Constitución no prevé un examen previo de

73 Así, por ejemplo, en España los artículos 96.2 y 94.1.c de la Constitución, establecen que la denuncia de los tratados sobre derechos y deberes fundamentales requieren previa autorización o aprobación por parte del legislativo; el artículo 57 de la Constitución de Perú también exige autorización previa del Congreso respecto de los tratados de carácter humanitario; el artículo 142 de la Constitución de Paraguay establece que los tratados relativos a derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda constitucional; mientras que en Argentina los tratados sólo pueden ser denunciados por el ejecutivo si tal decisión cuenta con la aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso de la Nación; el artículo 90 de la Constitución Cubana, atribuye al Consejo de Estado ratificar y denunciar tratados internacionales; Costa Rica autoriza en cambio a la Corte Suprema de Justicia, mediante el artículo 10, conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.

constitucionalidad de la decisión de denunciar un tratado internacional de derechos humanos, lo que demuestra que los constituyentes no lograron comprender la gravedad de un acto de esta naturaleza. La facultad de ratificar tratados internacionales de derechos humanos es un acto ordinario de las relaciones internacionales, mientras que la facultad de denunciar esos mismos tratados, por su gravedad, debería estar sometida a un régimen igual o más estricto que el aplicable para su ratificación.

Finalmente, a la luz del concepto de bloque de constitucionalidad, también podría alegarse que los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Ecuador en 2008, cuando la Constitución de Ecuador se sometió a referéndum, fueron también aprobados por la ciudadanía como parte de ese referéndum. Si entendemos que el referéndum constituyente incluyó la aprobación de los tratados internacionales de derechos humanos a los que con tanta frecuencia se refiere la Constitución, podemos sostener que resulta aplicable la disposición final del artículo constitucional 420 que señala que “en caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó”. Admito que el argumento de que una denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos requiere un referéndum no es el más contundente, pero tampoco es descartable. Ante la eventualidad de que Ecuador pretenda desvincularse de los tratados y organismos internacionales de derechos humanos, debemos estar preparados para utilizar todas las herramientas que la Constitución nos ofrece para evitar un retroceso de esa magnitud en la protección de nuestros derechos.

3. Reflexiones finales sobre la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos.

Lo analizado hasta aquí nos permite concluir que la denuncia de tratados internacionales de derechos humanos no constituye un acto ordinario de las relaciones internacionales de un Estado. Por el contrario, se trata de un acto revestido de límites derivados tanto del derecho internacional como del derecho interno de los Estados, dirigidos a impedir que un acto tan regresivo para la protección de los derechos humanos se materialice.

Los tratados de derechos humanos no son uniformes respecto de sus cláusulas de denuncia. Están los que prevén expresamente la denuncia, otros someten la denuncia a una serie de condiciones, algunos solamente permiten denunciar las cláusulas jurisdiccionales facultativas, y otros más guardan silencio sobre la denuncia. Algo similar sucede con los tratados constitutivos de organizaciones internacionales o regionales que han previsto sistemas de protección de derechos humanos. Los tratados constitutivos de organizaciones regionales a nivel interamericano, africano y euro-

peo permiten la denuncia sujeta a una serie de condiciones temporales y financieras, mientras que la Carta de la ONU no contiene una cláusula de denuncia, lo que ha sido interpretado como una cuestión deliberada que responde a la intención de dar perpetuidad a esta organización.

Tampoco es posible identificar una práctica uniforme de los organismos de supervisión de los tratados de derechos humanos en relación con la facultad de denunciar tratados. Si bien, como se mencionó, la Comisión Africana parece reconocer un derecho implícito de denuncia, la tendencia de los organismos del sistema universal y del sistema interamericano sugiere que las denuncia a los tratados de derechos humanos sólo son posibles en cuanto esa facultad se encuentre explícitamente prevista por el tratado en cuestión. Los casos de denuncias a instrumentos que guardan silencio sobre la facultad de denunciar el tratado como un todo o sus procedimientos jurisdiccionales facultativos, han sido interpretados como no válidos y contrarios al objeto y fin de tales tratados.

La denuncia de un tratado de derechos humanos no puede equipararse a la denuncia de cualquier otro tratado o acuerdo internacional. Un acto de esta naturaleza genera que los ciudadanos perdamos una importante instancia de protección de derechos humanos. A pesar de todas las críticas que puedan realizarse a los sistemas interamericano y universal de protección de derechos humanos, es indudable que varias víctimas han encontrado en tales sistemas una fuente de justicia y reparación que sus Estados les habían negado. La denuncia de un tratado internacional de derechos humanos es una medida claramente regresiva para la protección de esos derechos, que contradice el principio de su desarrollo progresivo y disminuye el estándar de protección de los derechos humanos alcanzado a nivel internacional. Además, viola el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados, según el cual los pactos deben honrarse.

Adicionalmente, la denuncia de un tratado internacional de derechos humanos perjudica los esfuerzos realizados hacia la ratificación universal de los principales tratados de derechos humanos en el mundo. Los Estados miembros de organizaciones internacionales como la OEA y la ONU han adoptado una serie de resoluciones comprometiéndose a avanzar en la universalización de los sistemas de protección de derechos humanos a través de la firma y ratificación de todos los instrumentos de derechos humanos por parte de todos los Estados miembros. La denuncia de un tratado de este tipo no sólo constituye un retroceso en la universalización sino que debilita la integridad de los sistemas de protección de derechos humanos.

La mera amenaza o rumor de denuncia de estos tratados ya debilita al sistema de protección de derechos y afecta su eficacia. Por ejemplo, en el caso de Ecuador, el gobierno del Presidente Correa ha amenazado reiteradamente con “salir” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, lo que se ha traducido una actitud timorata por parte de la Comisión y la Corte Interamericanas respecto de Ecuador. Tal parecería que estos organismos están tratando de evitar que sus decisiones incomoden al gobierno al punto de que el Estado abandone la OEA o denuncie la Convención Americana, y esta actitud evasiva ya ha perjudicado la posibilidad de que víctimas de violaciones de derechos humanos ocurridas en Ecuador obtengan justicia a nivel interamericano.

La historia muestra que sólo un número muy reducido de Estados ha llegado a denunciar tratados de derechos humanos, y que algunas de esas denuncias han perdido vigencia pues los Estados han decidido regresar a los sistemas de protección de derechos humanos, lo que confirma que cuando de tratados internacionales de derechos humanos se trata, la denuncia no constituye un acto ordinario de las relaciones internacionales de un Estado.

Lamentablemente, el recuento de los escasos casos de denuncias de tratados internacionales de derechos humanos también evidencia que, con excepción de Europa, la presión internacional no ha sido suficiente para impedir que tales denuncias se hagan efectivas. Las denuncias de los tratados internacionales por parte de los Estados del Caribe han quedado casi en el olvido.

No existen actualmente mayores esfuerzos dirigidos a reincorporar estos Estados al régimen de protección universal o interamericano de derechos humanos. La reciente denuncia a la Convención Americana por parte de Venezuela, si bien no pasó desapercibida, no fue capaz de motivar una condena internacional lo suficientemente fuerte como para que el Estado recapacite.

La denuncia de un tratado internacional de derechos humanos debería afectar seriamente la reputación internacional del Estado denunciante, debería tener consecuencias en la cooperación internacional e incluso en el acceso a acuerdos comerciales. Mientras esto no suceda, la vergüenza pública internacional no será suficiente para impedir que un Estado reconsidere su decisión de denunciar un tratado internacional de derechos humanos.

La denuncia de los tratados internacionales de derechos humanos sin duda pone a prueba el rol de los Estados como garantes del sistema internacional de protección de derechos humanos. Hasta ahora, sólo los Estados Miembros del Consejo de Eu-

ropa pasaron esa prueba. El caso de Grecia demostró que un Estado Miembro del Consejo no puede tomarse el riesgo de denunciar el Convenio europeo de protección de derechos humanos sin correr el riesgo de ser expulsado del Consejo de Europa. El caso de Venezuela demuestra que los Estado de la OEA han fallado en su rol como garantes del sistema.

Ante la posibilidad de que la comunidad internacional falle al momento de impedir una eventual denuncia a los tratados internacionales de derechos humanos, la sociedad civil debe buscar los mecanismos para impedir que tal denuncia se haga efectiva. Los ciudadanos somos los beneficiarios de los tratados internacionales de derechos humanos, y como tales no debemos tolerar un acto que pretenda despojarnos de la protección internacional que esos tratados nos brindan.

Los Estados siempre tratarán de justificar su decisión de denunciar un tratado internacional de derechos humanos en el ejercicio de su soberanía, en la politización o ineficacia de los organismos de supervisión consagrados por esos tratados, o en su intervención en decisiones soberanas internas. Con cada vez más frecuencia, las decisiones de los organismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales de protección de derechos humanos están dando lugar a impasses entre dichos organismos y los Estados o sus tribunales internos. Aun cuando respecto de algunas de estas críticas podamos coincidir con el Estado, como beneficiarios de los tratados de derechos humanos, los ciudadanos tenemos derecho a oponernos a su denuncia e impedir que, sin que nos consulten, puedan despojarnos de la protección internacional cuya construcción sólo fue posible a raíz de graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos.

Sólo la vergüenza pública de los Estados generada a partir de los hechos ocurridos en las dos guerras mundiales y las graves violaciones de derechos humanos perpetradas durante las dictaduras del siglo pasado pudo llevar a la construcción de un régimen internacional de protección de derechos humanos. Los sistemas de protección internacional de derechos humanos no son perfectos, pero son lo que se ha logrado hasta el momento. En honor a las víctimas de violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado, los ciudadanos debemos estar alertas y listos para activar todos los mecanismos internos e internacionales disponibles para impedir que se menoscabe nuestro derecho a obtener justicia en instancias internacionales cuando los Estados omitan su deber de proteger y garantizar nuestros derechos.

Bibliografía

- Ávila Hernández, F., "Algunas consideraciones jurídicas sobre la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos por Venezuela", *FRONESIS*, Vol. 20, No. 2, 2013, 206-217.
- Ayala Corao, C. (2013), "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano año XIX*, Bogotá, 2013, 43-79, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32197.pdf> (acceso: 22/02/2016).
- Concepcion, N., "The Legal Implications of Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights", *American University International Law Review* 16, No. 3, 2001, 847-890.
- Crawford, J., & Vaughan, L., "The Denunciation of Human Rights Treaties", *British Year Book of International Law*, 2008, pp. 156-157.
- Helfer, L., "Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes", *Columbia Law Review*, Vol. 102, Vanderbilt Public Law Research Paper No. 06-05, 2002.
- Huneus, Alexandra, "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", *Cornell Int'l L.J.*, 2000.
- Márquez Luzardo, C., "La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros casos paradigmáticos. Los precedentes de: Trinidad y Tobago; Perú y Venezuela", *Cuestiones Jurídicas VIII* (Enero-Junio), 2014.
- Naldi, G.; Magliveras, K., "Human Rights and the Denunciation of Treaties and Withdrawal from International Organisations", *XXXIII Polish Yearbook of International Law*, 2013.
- Ochoa Jimenez, M., "La protección de los derechos humanos en Venezuela frente a la denuncia de la convención americana sobre derechos humanos", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Norteamérica, 25, 2013, <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/6125>.
- Riquelme Cortado, Rosa, *Las Reservas a los tratados; lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Murcia, 2004,.

Schiffrin, Natalia, "Jamaica Withdraws the Right of Individual Petition Under the International Covenant on Civil and Political Rights", *The American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 3 (Jul., 1998), pp. 563-568.

Quigley, J., "The United States' Withdrawal from International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: Reasons and Consequences", *19 Duke Journal of Comparative & International Law*, 2009, pp. 263-306.

Yogesh, T., *The Denunciation of Human Rights Treaties*. *British Yearbook of International Law* 79, 2008, pp. 86-193.

Convenciones, cartas, protocolos y pactos

Acuerdo Constitutivo de la Unión Africana

Carta de la Organización para la Unidad Africana

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Convención de Kampala sobre Desplazados Internos

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y su Protocolo

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

Convención sobre los Derechos del Niño

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Protocolo Facultativo Sobre la Participación de los Niños en los Conflictos Armados

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Protocolo Facultativo Primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño Sobre la Participación de los Niños en los Conflictos Armados Sentencias, informes, opiniones y comunicados

Sentencias, informes, opiniones y comunicados

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Continuidad de las obligaciones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos". Sub Comité. Resolución 1999/5, 25 de agosto de 1999.

Amnistía Internacional, Informe Anual de 1999, Pp. 332 y 333.

Amnistía Internacional, La ruptura de Venezuela con la corte regional de derechos humanos es "una afrenta a las víctimas", 13 septiembre 2012 CDH, Observación General No. 26, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Continuidad de las obligaciones, 66º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1997 .

_____, Caso "Rawle Kennedy vs. Trinidad y Tobago", Communication No. 845/1998, U.N. Doc. CCPR/C/74/D/845/1998, 2002.

_____, Comunicado de Prensa 64/2013, "CIDH manifiesta su profunda preocupación

por efecto de la denuncia de la Convención Americana por parte de Venezuela”, 10 de septiembre de 2013

_____, Comunicado de Prensa 117/12, “CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 12 de septiembre del 2012.

Coalición Internacional de Organizaciones por los Derechos Humanos en las Américas, Comunicado de Prensa: “Denuncia de Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela debilita protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos/as”, 9 de septiembre de 2012.

Comisión Africana de Derechos Humanos, *Civil Liberties Organization v. Nigeria*, Comunicación No. 129/94, 1995.

Comisión Europea de Derechos Humanos, “Austria vs. Italy, Application No. 788/60”, *European Yearbook of Human Rights*, (1961), vol. 4, pág. 140.

CDH, Comentario General 24(13).

_____, Comentario General 24(8).

_____, Observación General No. 26, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Continuidad de las obligaciones, 66° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (1997), párrafos 3-5.

Comité Judicial del Consejo Privado en *Pratt & Morgan c. the Attorney General of Jamaica*. 2 A.C.I. (1993).

Congreso de la República de Perú, Resolución Legislativa N° 27401.

Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 51° período de sesiones, tema 18 del programa provisional: “Carta de fecha 10 de enero de 1995 dirigida al Presidente de la Comisión de Derechos Humanos por el Embajador, Encargado de negocios interino de la República Federativa de Yugoslavia ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra”. E/CN.4/1995/130. 7 de febrero de 1995.

Consejo Económico y Social, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, resolución de la Subcomisión 1997/3: Situación de los derechos humanos en la República Popular Democrática de Corea. E-CN_4-

SUB_2-RES-1997-3. 24ª sesión, 21 de agosto de 1997.

Corte Internacional de Justicia, “Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito Genocidio”, Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951.

Council of Europe, European Commission of Human Rights. “The Greek Case”.

Corte IDH, Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago.

_____, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008.

_____, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo de 2005.

_____, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002.

_____, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Sentencia de 24 de septiembre de 1999.

_____, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001 (competencia).

_____, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas).

_____, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, OEA/Ser.L/V/III.43 Doc. 11, págs. 35, 36 y 37.

_____, “Otros Tratados”, Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

_____, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del debido proceso legal”, Opinión Consultiva OC-16/99. 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

CIDH, MC 406/11 – “Emilio Palacio, Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Pérez Barriaga y César Pérez Barriaga, Ecuador”.

_____, Informe No. 66/15, "Petición 1436-11", Admisibilidad. Emilio Palacio Urrutia y otros. Ecuador. 27 de octubre de 2015.

_____, MC 30/14 - Fernando Alcibíades Villavicencio Valencia y otros, Ecuador.

Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, República Bolivariana de Venezuela, "Nota 000125", Fecha 6 de septiembre de 2012.

Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica, Comunicado "Fortalecimiento SIDH" de 11 de septiembre de 2012 en el que el Canciller "deploró" la decisión de Venezuela de denunciar el Pacto de San José, y abogó porque Caracas pueda lo más pronto posible "reconsiderar la decisión" y adherirse nuevamente a la Convención Americana de Derechos Humanos.

OEA, Representación Permanente del Estado de Perú ante la OEA, "Posición del gobierno peruano ante los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 1 de julio de 1999.

ONU, Consejo Económico y Social. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Commission of Human Rights, "Resolution 1999/5: Continuing of obligations under international human rights treaties", (E/CN.4/2000/2; E/CN.4/Sub.2/1999/54). 31st meeting, 25 de agosto de 1999. República de Corea, Informe periódico de la República de Corea ante el Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/114/Add.1).

República de Corea. Informe periódico de la República de Corea ante el Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/PRK/2000/2).

Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, "Comunicado de prensa", C-307/12.

Secretaría de Relaciones Exteriores, México, "México lamenta la decisión de denunciar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Comunicado 250, 11 de septiembre de 2012, disponible en: <http://saladeprensa.sre.gob.mx/index.php/comunicados/1771-250> (acceso: 22/02/2016).

Tribunal Constitucional de Perú, "Resolución del Pleno del 31 de agosto de 2009", EXP. N.º 04063-2007-PA/TC.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Soering vs. United Kingdom, Application No. 161, (1989) párrafo 87.

_____, *Wemhoff vs. Germany*, Application No. 1936/63 (1968), vol. 7

_____, *Ireland vs. United Kingdom*, Application No. 5310/71, (1978), vol. 25.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ("TSJ"), Sentencia N° 1939 de la Sala Constitucional del 2008.

Should We All Get Accustomed to It? The Ecuadorian Experience and Position Concerning Foreign Investment Protection Under International Law¹

Daniel Gallegos Herrera
Melbourne Law School

Abstract

The article takes on the issue of how the mainstream legal discourse on investment protection can highlight certain elements of reality and obscure others. Specifically, the article puts into question the hegemonic assertion that customary international law has emerged from a general state practice, consistent on the signature and ratification of international investment agreements. Unlike those who hold that the said practice is the result of *opinio juris*, or a strategic economic choice, the author uses the Ecuadorian example to attempt a third explanation: Such practice responds to economic necessity, not always related to the perceived direct benefits of the particular agreements. Furthermore, the article holds that there are signs that show a recent shift in the general state practice.

Resumen

El artículo se refiere a cómo el discurso mayoritario relacionado con la protección de inversiones puede resaltar ciertos elementos de la realidad y opacar otros. En específico, el artículo cuestiona que se convenga en la formación de derecho internacional consuetudinario a partir de una práctica generalizada, consistente en la suscripción y ratificación de acuerdos internacionales de protección de inversiones. A diferencia de quienes sostienen que la mencionada práctica responde a un *opinio iuris*, o que se basa en una decisión económica estratégica, el autor usa el ejemplo de Ecuador para presentar una tercera explicación: la práctica se debe a la necesidad económica, no necesariamente ligada a los posibles beneficios de este tipo de acuerdos. El artículo avanza en señalar que existen indicios de un reciente giro en la actual práctica estatal.

Keywords

Ecuador / International Customary Law / Foreign Investment / Foreign Debt / Bretton Woods Institutions / Dependency.

¹ Artículo recibido el 16 de febrero y aceptado el 11 de junio de 2016.

Palabras clave: Ecuador / Costumbre internacional / Inversión extranjera / Deuda externa / Organismos multilaterales de crédito / Dependencia.

Sumario 1. Introduction 2. Degrees of protection to foreign investment under international law / session of sovereignty from the host state 2.1. Foreign Investment Protection as a Matter of Domestic Law 2.2. First Attempts to Internationalize Foreign Investment Protection 2.3. The “Hull Formula” 2.4. The Resolutions on Permanent Sovereignty over Natural Resources (PSNR) and the New International Economic Order (NIEO) 2.5. International Protection Under IIAs 3. Voices for and against protection of foreign investment as customary international law 3.1. Customary International Law 3.2. Customary International Law and Investment Protection 3.2.1. Those Defending the Formation of Customary International Law 3.2.2. Critiques to the Position 3.2.3. Those Challenging the Formation of Customary International Law 3.2.4. Critique to the position 3.2.5. A Third Position 4. The Ecuadorian position 4.1. The First Ecuadorian BITs 4.2. Oil, Debt and Crisis 4.3. Ecuador “Changes Its View” Towards Foreign Investment 4.4. The Ecuadorian BIT Rush 4.5. The Last Shift: Repudiation of IIAs 5. Conclusion

1. Introduction²

In a document called “Transatlantic Trade and Investment Partnership [TTIP] –The Economic Analysis Explained”– the European Commission responds the question “[w]hy do other countries gain from an agreement between the EU and the US?”:³

[T]he model [...] accounts for the possibility of an indirect spill-over effect of TTIP on other countries. That is because the large economic size of the EU and the US means that partner countries will themselves have an incentive to move towards any new transatlantic standards that the TTIP creates.⁴

Later on, when asked if the Centre overestimated or underestimated the gains from the TTIP, the Commission answered:

We can safely say that these are not overestimates. On the contrary, they are closer to a low bound estimation of the true benefits of the agreement. [...] [T]he CGE models [...] underestimate the potential gains from the liberalization of services. [...] Services business that depends on foreign direct investment [...] is largely outside the scope of the CGE analysis presented in this study.⁵

² All translations from Spanish to English are by the author, except where otherwise indicated.

³ European Commission, “Transatlantic Trade and Investment Partnership – The Economic Analysis Explained”, September 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/september/tradoc_151787.pdf#world, (accessed: 13-06-2016), pp. 10-11.

⁴ *Ibidem*

⁵ *Ibidem*, p. 14.

Like the optimistic picture that the European Commission presents, the mainstream versions of the history that led the international community to the present state of the law rarely take into account other perspectives than the one that investment-protection legal discourse provides.⁶ The rationale behind the discourse presents a relationship of disadvantage between the foreign investor and the host state, given the risks' for the former, and the possible abuses of the latter.⁷ The relationship is conceived in abstract terms, always presenting a powerful state, forcing no-so-powerful investors to pay for the development of its nationals through their policies.⁸ It is also premised on the complete identification between the interests of home states and those of the firms based on their territories.⁹

The present document seeks to present a particular discussion within the broader topic of foreign investment protection; that is, the debate about the formation of customary international law governing the topic, due to the spread of bilateral investment treaties (BITs), and Free Trade Agreements with investment protection chapters (FTAs), both known as "international investment agreements" (IIAs). I have identified two mainstream positions concerning this phenomenon. The first one holds that the trend shows that host (developing, capital-importing) countries now recognize the existence of an obligation under Customary international law, which would be applicable to states regardless of whether they have signed a treaty or not.¹⁰ The second position argues that the main reason for such trend is the result of the host state's economic choice or "strategy" in a competitive setting, and not a sense of legal obligation that would constitute *opinio juris*.¹¹

6 See: Lowenfeld, Andreas, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2nd ed, New York, 2008, pp. 467-494; See: also Woods, Ngairé, "Bretton Woods Institutions" in Thomas Weiss and Sam Daws (eds), *The Oxford Handbook of the United Nations*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 233-253; See: also Guzman, Andrew T., "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties" (1998) *Virginia Journal of International Law* N.º 38, Charlottesville, pp. 639-688; See: also Koskenniemi, Martti, "The Politics of International Law—20 Years Later" in *The Politics of International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011 63, 65. explains this in terms of the structure of the international legal discourse: "[A]lthough all the official justifications of decision-making are such that they may support contrary positions or outcomes, in practice nothing is ever that random. [...] The world of legal practice is being sliced up in institutional projects that cater for special audiences with special interests and special ethos. The point of creating such specialized institutions is precisely to affect the outcomes that are being produced in the international world. [...] This is why much about the search for political direction today takes the form of jurisdictional conflict, struggle between expert vocabularies, each equipped with a specific bias.

7 See: Guzman, "Why LDCs", pp. 661-663.

8 *Ibidem*

9 See: generally: Eicher, Theo et. Al., *International Economics*, Routledge, 7th ed, London, 2009, p. 14. The chapter on international trade begins with this phrase: "Nations (more accurately, individuals and firms in different nations) trade with each other because they benefit from it".

10 See: Mann, F. A. "British Treaties for the Promotion and Protection of Investment", *British Yearbook of International Law*, No. 52, 1981, p 249.

11 See: Guzman, Andrew, "Why LDCs", pp. 684-687; See: also Elkins, Zachary et. al. "Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties 1960-2000", *International Organization* No. 60, 2006, pp. 811-846.

This paper pretends to use the Ecuadorian experience with international norms dealing with the protection of foreign investment to advance a third explanation, which challenges the first position, and partially questions the reasons to hold the second. I will argue that those accounts find their footing in a formalist and ahistorical conception of the international order. This conception unduly regards states as totally unconstrained and free to take any course of action, regardless of their domestic economic situation and their political leverage in the global setting. According to the argument this document defends, developing countries entered into investment protection treaties, not because they felt legally bound to do so, neither only as a matter of strategic economic choice; but also due to economic necessity, not always related to the perceived direct benefits of the particular agreements. Furthermore, there are examples that demonstrate that the practice –already inconsistent and difficult to determine– has started to shift in recent years.

In order to advance such argument, this document will go through the following structure. In section II I will present the different degrees of protection provided by international law to foreign investment, in order to have a fair image of the burden they represent. In section III, I will present and criticise the different positions relating to the formation of customary international law, due to the diffusion of IIAs. In section IV, I will illustrate the argument with the Ecuadorian case, starting from the signature of its first IIA until the present time. Finally, I will advance a conclusion.

2. Degrees of protection to foreign investment under international law / session of sovereignty from the host state

The protection to foreign investments and investors allegedly provided by international law has been one of the most debated topics during the twentieth century, and it is still quite controversial today.¹² In the present subsection, I will make a description of the different degrees of protection, following a chronological order of their appearance, and highlighting their respective place in a spectrum, from the less to the more protective ones.

But first, we shall make a cautionary comment on the term “investment protection”. The term can be misleading, since in practical terms, it refers to “protection” in the international sphere. Thus a decreased level of protection under international law does not necessarily mean a reduction in the domestic standard of protection to private investment. In other words, what we call the “degree of protection under inter-

¹² For an account of the history of investment protection from the perspective of International Economic Law, See: Lowenfeld, Andreas, *International*, 467-494; and for the perspective of international law and development, See: Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 95-171.

national” is equivalent to the degree of invasion in the realm of sovereignty of host states.¹³ In other words, each degree of protection entails “sovereignty costs”, ranging from political costs, renouncement to certain policies, and delegation of adjudicative authority.¹⁴ Having that in mind, we may start with the description.

2.1. Foreign Investment Protection as a Matter of Domestic Law

On one extreme of the spectrum, there are the positions that do not recognize protection of investors as a matter of international law. That was the state of the law before 1917, since the prevailing custom was use the domestic legislation of the host state to solve those problems.¹⁵ According to Lowenfeld, that situation was viable due to a general recognition of the equality of treatment, the right to private property, and the duty to compensate.¹⁶ This was –and to some extent it still is– the prevalent situation amongst what we now call “developed” states during times of peace. Yet, there is another side of the story when it came to non-European countries, which could indicate, not the existence of customary law, but the use of diplomacy and warfare – often called “gunboat diplomacy”– to protect investments.¹⁷ There were also bilateral treaties of “Friendship, Commerce and Navigation” that the United States celebrated up until the 1980s, but they were isolated and were not considered a part of a general practice.¹⁸

After the Great War, a series of events challenged the “universality” of the recognition of private propriety. The events were the Russian and the Mexican revolutions, in 1917.¹⁹ In the case of Russia, the government abolished private propriety altogether, without compensation.²⁰ Mexico, instead, recognized in its constitution the original national ownership of lands and materials within its boundaries; the right of the state to transmit ownership, thus creating private property; and the possibility to expropriate for public utility, with compensation, as an expression of the social function of

13 Pahuja, describes the strategy of the Third World in constructing the concept of “Permanent Sovereignty over Natural Resources”, and the trade-off that the West made by extracting the rule to compensate in cases of expropriation from the national realm under the label of “existing obligations arising under international law”. *Ibidem*, pp. 135-159.

14 See: Elkins, Zachary et. al. “Competing for capital”, p. 825.

15 See: Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 469-470.

16 *Ibidem*

17 See: Kishoiyan, Bernard, “The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, No. 14, vol. 2, Chicago, 1994, p. 329. See: also Meltzer, Joshua, “Investment” in Simon Lester and Bryan Mercurio (eds), *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 216.

18 See: Meltzer, Joshua, “Investment”, p. 216; See: also Elkins, et. Al, “Competing for Capital”, pp. 814, 5.

19 See: Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 470-473.

20 *Ibidem*, pp. 470-471.

propriety.²¹ The rest of Latin America adopted the Mexican vision during the years to follow.²² The “Calvo doctrine”, or “Calvo clause” (i.e., “[...] foreign investors were only entitled to the level of protection afforded to nationals [...] the obligations regarding expropriation were to be determined by reference to the host States’ domestic laws [...] [and] a foreign investor [...] could litigate a claim against the host State using the domestic court system”),²³ and the theory of “unequal treaties” (i.e., “[...] any treaty negotiated under duress [...] were void ab initio”) informed this position.²⁴

Although both the schemes are totally different, they coincide in considering the matters relating to the property of aliens as issues to be dealt with in the domestic setting. In fact, one could safely say that the reason why developed states pushed for internationalization of the matter was precisely because under this scheme, a host state could hold any of those positions as a matter of sovereign decision.

1.2. First Attempts to Internationalize Foreign Investment Protection

The West reacted in first instance by way of awards and judgments, recognizing “international responsibility”,²⁵ to provide “just compensation”,²⁶ which entails a “[...] reparation [that] must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”.²⁷ Those awards represented a first introduction of the matter in the realm of international law.

Particularly the Chorzów Factory case introduced a high standard of protection; but the scope was relatively narrow if compared with the next examples, since it only extracted the issue of the amount of compensation in cases of expropriation from the sovereign sphere of the host state’s jurisdiction.

21 See: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que Reforma la de 5 de Febrero del 1857* [Political Constitution of the United Mexican States, Amending the One of February 5, 1857], Mexico, 5 February 1917, Official Diary 30, art 27; See: also Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 471-473.

22 See: Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 471-473; See: also Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law* pp. 106.

23 Meltzer, Joshua, “Investment”, p. 216; See: also Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 471-473; See: also Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law*, p. 106.

24 See: Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law*, p. 106.

25 *DeSabra Claim (United States v Panama)*, 1933, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* 1933-4, p. 243, quoted in Lowenfeld, Andreas, *International*, p. 474.

26 *Norwegian Shipowners’ Claims (Norway v United States)*, 1922, Reports of International Arbitral Awards No. 1, p. 337; See: also Lowenfeld, Andreas, *International*, p. 474.

27 *Factory at Chorzów (Germany v Poland) (Claim for Indemnity) (Merits)*, PCIJ Series A No 17, [124]; See: also Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 474-475.

2.3. The “Hull Formula”

Going further in history, we encounter Cordell Hull’s statement, later known as the “Hull doctrine”, or the “Hull formula”. Mr. Hull presented the doctrine as the North American position in a diplomatic exchange concerning some large expropriations that the Mexican government made following its revolution.²⁸ The following paragraph summarizes Hull’s opinion:

The Government of the United States merely adverts to a self-evident fact when it notes that the applicable precedents and recognized authorities on international law support its declaration that, under every rule of law and equity, no government is entitled to expropriate private propriety, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate, and effective payment thereof. In addition, clauses appearing in the constitutions of almost all nations today, and in particular of the constitution of the American republics, embody the principle of just compensation. These, in themselves, are declaratory in the like principle of the law of nations.²⁹

The preceding text is important, not only because it encapsulates the persistent position of the United States in matters related to compensation following expropriation until the present day.³⁰ It also reflects the high standard of protection the United States demand, not only in terms of amount, but also of time and manner of the compensation. Moreover, it shows the intention of the United States to build the foundations to sustain its claim as a “self-evident fact”. Furthermore, it expresses Hull’s intent to equate the meaning of the term “just compensation”, present in domestic constitutions and in international awards such as the one in Norwegian Shipowners, to his “prompt, adequate and effective” standard.³¹ However, in the same sense as the judgments cited above, the doctrine was constrained to compensation following expropriation, thus being relatively narrow in scope.

²⁸ See: 4, Andreas, *International* pp. 475-81; See: also Guzman, Andrew T., “Why LDCs Sign”, p. 645.

²⁹ Letter from US Secretary of State to Mexican Ambassador, 22 August 1938, in Green H. Hackworth, *Digest of International Law*, United States Department of State, vol. 3, Washington DC, 1942, pp. 655-661, quoted in Lowenfeld, Andreas, *International*, p. 478.

³⁰ See: Lowenfeld, Andreas, *International*, p. 476; See: also, Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law*, p. 107-108.

³¹ Cfr, Guzman, Andrew, “Why LDCs sign”. p. 644. The author states that “[e]arly in [the twentieth] century, the world’s principal nations shared the view that investors were entitled to have their propriety protected by international law and the taking of alien’s propriety by a host nation required compensation that was ‘prompt and adequate’”. However, the judgment in the *Chorzow Factory* case do not expressly mention that standard.

2.4 The Resolutions on Permanent Sovereignty over Natural Resources (PSNR) and the New International Economic Order (NIEO)

The North American position collided directly with Latin America's Calvo doctrine, and the Soviet conception of propriety.³² The disagreement continued during the next years, preventing a multilateral agreement on the topic, and producing ambiguous texts, both in the Habana Charter, and the UN General Assembly resolutions on PSNR.³³ However, as Lowenfeld notes, resolution 1803, approved in 1962, sought to constitute evidence of customary international law, and established consensus about four principles; namely, that compensation must follow expropriation of alien propriety; that compensation is a matter of international law; that investment agreements between states and investors are binding; and, that arbitration agreements between states and investors are binding too.³⁴

The situation shifted after the wave of decolonization, when the number of developing states increased dramatically, levelling the scales in the UN General Assembly in favour of the Southern thesis.³⁵ The new majority pushed for three new resolutions (2158, adopted on 1966; 3171, adopted in 1973; and 3201, adopted in 1974).³⁶ In all of them, the main purpose was to push the evidence of customary international law back to the position where the regulation of alien propriety was a matter of domestic law.³⁷

The final blow in that direction was the Charter of Economic Rights and Duties of States (CERDS), where the Calvo doctrine was essentially restated.³⁸ The states of the North either voted against or abstained to vote.³⁹ Their position was to refuse the idea of a shift in customary international law.⁴⁰

1.5. International Protection Under IIAs

Finally, we have the degree of protection provided by the IIAs. Those treaties started as a German initiative at the time of reconstruction after World War II.⁴¹ After a few

32 See: Guzman, Andrew, "Why LDCs sign". p. 647.

33 See: Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 481-489; See: also Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law*, pp. 107-108; See: also Guzman, Andrew, "Why LDCs sign". pp. 647; See: also Gerard Loibl, "International Economic Law" in Michael Evans (ed), *International Law*, Oxford University Press, 2nd ed., Oxford, 2006, p. 709.

34 See: Lowenfeld, Andreas, *International*, p. 489; See: also Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law*, pp. 107-108.

35 See: Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law*, pp. 108-9; See: also Guzman, Andrew, "Why LDCs sign". pp. 646-648.

36 See: Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 481-492; See: also Guzman, Andrew, "Why LDCs sign". pp. 648-650.

37 *Ibidem*

38 See: Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 491-492; See: also Guzman, Andrew, "Why LDCs sign". pp. 648-650.

39 *Ibidem*

40 *Ibidem*

41 See: Lowenfeld, Andreas, *International*, p. 554; See: also Meltzer, Joshua, "Investment", p. 218.

years, most Western European Countries entered into BITs with developing states.⁴² On the other hand, the United States (US) did not start its BIT program up until 1981, mainly because their representation maintained that customary international law already provided for protection in the form of the Hull formula.⁴³ Even after initiating the program, the North American position was always that IIAs did nothing but codify the existing customary international law.⁴⁴

According to the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), “[b]y April 2015, the [international investment agreement] IIA regime had grown almost to 3,300 treaties”.⁴⁵ Although the trend has changed slightly in recent times, the generality of parties entering into this kind of agreement have been, on the one hand, a developed, capital-exporting country; and on the other, a developing country.⁴⁶ In the end of the 1990s, developing states started to enter into BITs among them, Coordinated by the UNCTAD, and assisted by a capital-exporting country.⁴⁷ We should also consider the growing trend of FTA ratification, following the stalemate in the WTO Doha round.⁴⁸ FTAs –most saliently, NAFTA– have permitted a more frequent application of foreign investment protection provisions to developed countries as host states.⁴⁹

The content of those treaties varies, mostly depending on the time when they were negotiated, and the model a capital-exporting country prefers.⁵⁰ However, most of them have similar provisions, and differ mostly in the degrees of protection provided in each of those categories. The most common provisions in those treaties are the ones related to the definition of an investment and an investor, the admission of the investment to the country, the standards of national treatment (i.e., the obligation to treat foreign investors at least equally to nationals); most-favoured-nation treatment (i.e. the obligation to treat investors of the party at least equally to other foreign investors); fair and equitable treatment (i.e., a minimum degree of access to judicial and administrative organs, without discrimination); full protection and security (i.e., phy-

42 *Ibidem*

43 See: Elkins, Zachary, et. Al, “Competing for Capital”, pp. 814-815.

44 See: Committee on Foreign Relations, US, *Treaty With the Republic of Ecuador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, 1993, p. 2.

45 United Nations Conference on Trade and Development, “Reforming International Investment Regime: An Action Menu” in *World Investment Report*, 2015, p. 124.

46 Elkins, Zachary et. Al., “Competing for Capital”, pp. 814-818.

47 *Ibidem*

48 Meltzer, Joshua, “Investment”, p. 220.

49 *Ibidem*

50 Elkins, Zachary et. Al., p. 817. According to the authors, “[b]y the late 1980s, most analysts would agree that governments in countries home to large multinational corporations (MNCs) had nearly converged in a single treaty model. Developing countries could, opt to take it or leave it”.

sical protection of investors' private propriety from threats or attacks); protection against unlawful expropriation (i.e., not for the public purpose, discriminatory, without due process, and/or without compensation); compensation following expropriation; and those related to dispute settlement, normally entrusted to an international arbitral tribunal with power to call for compensation and damages.⁵¹

While the degree of protection that IIAs provide differs between treaties, it is certainly greater than every one of the prior schemes in many respects. First, the mere existence of an international treaty dismisses all doubt concerning the international character and the content of obligations.⁵² Moreover, the protection goes well beyond the particular issue of lawful expropriation, and compensation following it. Likewise, the commitments seriously limit the state capability to design and implement its policies effectively in the public interest. Also, the host state renounces –sometimes partially, sometimes totally– to the possibility to adjudicate in case of disputes with an investor.⁵³ This is even more taxing if we consider that under the IIA regime, investors are the only ones who can bring claims to the arbitral tribunals; and they can do it directly, without the need to be sponsored by their home state.⁵⁴ Besides, the agreement does not guarantee the investment; and, since investors are not the ones entering into the agreement, they do not acquire any obligation towards the home state.⁵⁵

Arguably the function of the arbitral system of dispute settlement has worked also in favour of expanding the content of IIAs provisions, sometimes in detriment of the regulatory capacity of the state to achieve legitimate purposes. A relevant example of the prior assertion is the standard of fair and equitable treatment. According to Katia Yannaca-Small,

[the standard] has been increasingly used as an alternative and more flexible way to provide protection for investors in cases where the test for indirect expropriation is too difficult to achieve, since the threshold is quite high. It has therefore become a preferred way for tribunals to provide a remedy.⁵⁶

51 See: Meltzer, Joshua, "Investment", p. 220-71; See: also Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 555-577; See: also United Nations Conference on Trade and Development, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA Monitor No. 1, 2009, p. 4-10. The definitions shown above are merely referential, because they highly depend on the wording of the treaty, and the opinion of any given tribunal adjudicating a dispute.

52 Elkins, Zachary et. Al., "Competing for capital", p. 824.

53 *Ibidem*

54 *Ibidem*

55 UNCTAD, "Reforming International", p. 130.

56 Katya Yannaca-Small, "Fair and Equitable Treatment Standard" in Katia Yannaca-Small (ed), *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 385.

Arbitral tribunals have provided several interpretations of the standard, linked in some treaties to “international law”, and in some others to “customary international law”.⁵⁷ This has bolstered a sense of uncertainty in the interpretation of the treaties. UNCTAD states the problem in the following terms:

There is a great deal of uncertainty concerning the precise meaning of the concept of [fair and equitable treatment] FET, because the notions of “fairness” and “equity” do not connote a clear set of legal prescriptions and are open to subjective interpretations. Moreover, the relationship between FET and principles of customary law [...] has raised significant issues of interpretation, especially where the IIA text contains no express link between FET and customary international law. As a result, the task of determining the meaning of the FET standard has been effectively left to ad hoc arbitral tribunals.⁵⁸

Now, we can witness other elements that put the scales in favor of foreign investors, if we go beyond the veil of reciprocity and sovereign equality that covers the mainstream discourse about investment protection. For example, although in recent years investors have brought up more claims against developed states,⁵⁹ the numbers still reflect an asymmetry in terms of litigation. From 608 known cases solved by dispute-settlement mechanisms under IIAs, in 80% of the cases the claimant was an investor based in a developed country, and 60% of the respondents were developing states.⁶⁰ A crucial element to consider is that investment disputes tend to rise in numbers whenever a country faces an economic crisis. The most known example is Argentina, holding the record of 56 claims raised against it.⁶¹ Most of the claims against Argentina were issued as a result of the measures taken during the massive economic crisis in the late 1990s and early 2000s.⁶² Another example, currently provoking much attention from the countries in the global North is Spain.⁶³ In 2013, five claims were raised against Spain; and six in 2012.⁶⁴ They relate to a seven percent tax on revenues, and a reduction of subsidies in the renewable energy sector; measures taken to cope the budget deficit in 2012.⁶⁵

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 386-93.

⁵⁸ See: UNCTAD, “Reforming International”, p. 137.

⁵⁹ See: United Nations Conference on Trade and Development, *Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014*, IIA Issues, Note No 2, May 2015, p. 1.

⁶⁰ See: UNCTAD, “Reforming International”, p. 146.

⁶¹ See: UNCTAD, “Investor-State”, p. 3; See: generally, Joseph Stiglitz, “Dealing with Debt: How to Reform the Global Financial System” *Harvard International Review* No. 25, Cambridge, 2003, p. 54.

⁶² See: Dough Jones, “Investor-State Arbitration in Times of Crisis”, *National Law School of India Review* No. 25, vol. 1, Bangalore, 2013, p. 30.

⁶³ See: UNCTAD, “Investor-State”, 2.

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ *Ibidem*

Another illustration of the constraints that the IIA protection impose to host countries is the amount of damages. The average amount of damages claimed for in a single case is US\$1.1 billion,⁶⁶ and the amount awarded is US\$575 million –interests not included–.⁶⁷ While this may not seem so taxing for a developed country; that amount has the capability to seriously stall the economic capacity of a developing country.⁶⁸ Ecuador is a good example of this assertion. Nowadays Ecuador is the sixth state with most known claims issued as of 2014 (22).⁶⁹ However, this number may not be completely accurate, since UNCTAD only reports known cases (i.e., those not protected by a confidentiality clause). According to the Ecuadorian Government, there were 34 cases raised up to mid-2013, most having an oil company as the claimant.⁷⁰ The most known case in which Ecuador was a respondent is *Occidental v Ecuador*.⁷¹ *Occidental* is the case with the second highest amount ever awarded, recently displaced by *Yukos v Russia*.⁷² The tribunal awarded a total amount of damages of US\$1 769 625 000 plus interests.⁷³ That amount represent 2.02% of the Ecuadorian GDP,⁷⁴ 42.74% of the total projected expenditure in education, 99.65% of expenditure in health, or 151.25% of the expenditure in social welfare at the year the tribunal issued the award.⁷⁵

3. Voices for and against protection of foreign investment as customary international law

If taken as a historical account, the description made in the previous section of this document has a missing piece. It is not clear why states from the global South made

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ *Ibidem*

⁶⁸ See: “Ecuador Mantiene 34 Casos Pendientes Relacionados al Arbitraje Internacional, Confirma Subsecretario de Planificación y Desarrollo (AUDIO)” [Ecuador Has 34 Pending Cases Related to International Arbitration, Confirms Sub-Secretary of Planning and Development (AUDIO)] *Ecuador Inmediato* (online) 30 August 2015 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=203967&umt=ecuador_mantiene_34_casos_pendientes_relacionados_al_arbitraje_internacional_confirma_subsecretario_planificacion_y_desarrollo_audio> (accessed: 13-06-2016).

⁶⁹ See: UNCTAD, “Investor-State”, p. 3.

⁷⁰ See: “Ecuador Mantiene 34 Casos Pendientes Relacionados al Arbitraje Internacional, Confirma Subsecretario de Planificación y Desarrollo (AUDIO)”.

⁷¹ See: ICSID Arbitral Tribunal, *Occidental Petroleum Corporation v The Republic of Ecuador (Award)*, case No ARB/06/11, 5 October 2012; See: also, Procuraduría General del Estado, *Oxy Case: The Defense of a Sovereign and Legal Decision of the Ecuadorian State*, Procuraduría General del Estado, 2014, available at <http://104.130.171.14/images/stories/boletines/librocasooxy_20141021/oxy_case_book/libro_oxy_translation_low.pdf> (accessed: 13-06-2016).

⁷² PCA Arbitral Tribunal, *Yukos Universal Ltd v The Russian Federation (Award)*, Case No AA 227, 18 July 2014.

⁷³ *Occidental v Ecuador*, [2015].

⁷⁴ The World Bank, GDP (*Current US\$*) The World Bank, 2015 <<http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD>> (accessed: 13-06-2016).

⁷⁵ See: Ministerio de Finanzas del Ecuador [Finance Ministry of Ecuador], *Presupuesto General del Estado Consolidado por Sectorial Gastos (US Dólares)* [State General Budget Consolidated by Sectorial Expenditure (US Dollars)] Ministerio de Finanzas del Ecuador. 2012 <<http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/06/10.SECTORIAL.pdf>> (accessed: 13-06-2016).

such a drastic turn from a multilateral rejection to a unilateral eagerness to accept international protection of foreign investment. During the period between early 1990s and 2007, the world experienced this major shift.⁷⁶ A growing number of states started to enter into BITs, “[...] so that by the mid-2000s hardly any country did not have at least a few BITs”.⁷⁷ Although the “IIA rush” started to slow down, partly because of the global economic crisis; IIAs are undoubtedly the biggest international legal net nowadays.⁷⁸ Even before it had reached its peak, this phenomenon prompted scholars to discuss whether the shift in state practice could amount to the formation of legal rules and principles, binding to states regardless of the existence of a treaty.⁷⁹

In this section, I will discuss the main positions concerning the particular matter. First, though, it is necessary to spend a few lines in the conception of that source of law in particular.

3.1 Customary International Law

Article 38(b) of the Statute of the International Court of Justice recognizes “international custom, as evidence of a general practice accepted as law”.⁸⁰ The International Court of Justice pointed out that to consider certain practice as customary international law, there must be an objective element – “[...] settled [state] practice”–, and a subjective one – “[...] evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of the rule of law requiring it”.⁸¹

In order to determine the existence of customary international law, there is first the need to give evidence of state practice, to then evaluate whether there is *opinio juris*.⁸² The evidence may have several manifestations, such as “government statements in the domestic framework [...] or in an international framework”.⁸³ Other evidences

⁷⁶ See: UNCTAD, “Reforming International”, pp. 123-4.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 123.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 124.

⁷⁹ See: Lowenfeld, Andreas, *International*, pp. 584-586; See: also Guzman, Andrew T., “Why LDCs Sign; See: also Kishoiyian, Bernard, “The Utility of Bilateral”; See: also Katya Yannaca-Small, “Foreword”, in Yannaca-Small, Katya (ed) “Fair and Equitable”, p. v.

⁸⁰ *Statute of the International Court of Justice* art. 38(b).

⁸¹ *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands) (Merits)* ICJ Rep 6, 1969, pp. 44-5 [77].

⁸² See: Tulio Treves, “Customary International Law” in Oxford Public International Law, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (November 2006) <<http://opil.ouplaw.com.ezp.lib.unimelb.edu.au/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1393?rskey=I6BPfc&result=1&prd=EPIL>> [7]-[11] (accessed: 13-06-2016); See: also Koskenniemi, Martti, “Between Apology and Utopia”, pp. 55-8. Although this twofold structure of the concept “customary international law” does not go without challenge, we will accept it for the moment, in order to advance the argument in the same playfield as the two mainstream positions.

⁸³ *Ibidem*, p. 26.

may be “material behaviours such as [...] economic measures [...]”.⁸⁴ As we can witness, those categories are very broad, encompassing a big list of possible elements to take into consideration. Also, the conclusion will depend on the weight that the decision maker gives to each one of them in a given case. Another relevant consideration for our purposes is the “generality” of the practice. According to Tulio Treves, “[t]he practice relevant for establishing the existence of a customary international rule must neither necessarily include all States nor must it be completely uniform”.⁸⁵ The criterion set by the ICJ is that the practice “[...] of States whose interests are specially affected, should [be] both extensive and virtually uniform”.⁸⁶

Treves makes a particular mention regarding foreign investment protection:

[R]ules on economic relations, such as those on foreign investment, require practice of the main investor States as well as that of the main States in which investment is made. The mention of the “specially affected” States is often seen as alluding also to the most important States.⁸⁷

Now, Treves’s description also recognizes that the “most important state” criterion is contested. He argues: “Whether the practice of the most important States may alone, notwithstanding opposition, be sufficient to justify the formation of a customary rule is highly controversial”.⁸⁸

3.2. Customary International Law and Investment Protection

Scholars adopt two mainstream positions when discussing about the alleged establishment of customary law governing the matter. On the one hand, there are the ones who believe the spread of IIAs is an indication that states had recognized their legal obligations, thus creating customary international law. On the other hand, there are the ones who challenge the first position, because in their opinion, the trend can be explained as a matter of economic choice or strategy. In this section, I will present and criticise both positions, as well as articulate a third explanation.

3.2.1. Those Defending the Formation of Customary International Law

In 1981, several years before the big global diffusion of BITs, F. A. Mann defended the idea that the apparently contradictory behaviour of developing states –fiercely op-

⁸⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 35.

⁸⁶ *North Sea Continental Shelf Cases*, pp. 43-4, [74].

⁸⁷ Treves, Tulio, “Customary International Law”, p. 81.

⁸⁸ *Ibidem*

posing in the 1960s and 1970s, and entering into bilateral agreements later— was an indication of a “change of view” about their international obligations.⁸⁹ In his most famous quote, he stated: Is it possible for a state to reject the rule according to which alien propriety may be expropriated only on certain terms long believed to be required by customary international law, yet to accept it for the purpose of these treaties?⁹⁰

Mann’s position rested on a construction of the duty of states to act in good faith, and the role of BITs in help investors present a stronger case when states deny the existence of “a duty which customary law imposes or is widely believed to impose”.⁹¹ In other words, Mann stated that the role of BITs is to codify customary international rules, to prevent host states from denying its existence in the event of a conflict with the investor.⁹²

As we have seen before in this document, this has been the North American position since Cornell Hull’s statement.⁹³ For example, the US Senate Committee on Foreign Relations submitted a report prior the ratification of the BIT between the US and Ecuador. In the report, the Committee described the general objective of the BIT as “[...] to [...] codify rules on investment and dispute settlement, which the [US] views as well established international law and precedent”.⁹⁴

Lowenfeld defends the position in more moderate terms. He recognizes that “[a]t minimum, the [CERDS] was a concerted effort by the developing countries to repudiate a system of law in whose creation they had played little or no part”;⁹⁵ However, he also argues that there is a distinction between “common principles”, and “particular provisions” of a given BIT.⁹⁶ Thus, he articulates what he believes is the minimum content of customary international law governing the matter —which we can identify with the content of resolution 1803—:

[...] the understanding that international law is applicable to the relation between host states and foreign investors, that expropriation must be for public purpose and must be accompanied by just compensation, and the disputes between foreign investors and host states should be subjected to

⁸⁹ See: F. A. Mann, cited in Lowenfeld Andreas, *International*, pp. 584-585; See: also Guzman, Andrew, “Why LDCs sign”. p. 685.

⁹⁰ *Ibidem*

⁹¹ Mann, quoted in Kishoiyan, Bernard, “The Utility of Bilateral” n16, p. 328.

⁹² *Ibidem*

⁹³ *Ibidem*, p. 29.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 1, 2.

⁹⁵ Lowenfeld, Andreas, *International*, p. 492.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 586

impartial adjudication or arbitration are general principles, and do not depend on the wording or indeed on the existence of any given treaty.⁹⁷

3.2.2. Critiques to the Position

Treves's reference to the "main", or "most important" states, when bringing up the "generality" criterion to determine the existence of a customary international rule,⁹⁸ may be attributed to those arguing that the BIT practice has hardened into customary international law. From the text alone, it does not become clear what does Treves mean by "main" or "most important" states. What is clear is that the practice of some "main", or "most important" states may be taken to be more relevant than the one of the "secondary" or "less important" states.

While it may seem an isolated statement, it does explain various assumptions that the authors holding that position make. For example, to answer why "[...] the [CERDS] seems less significant than it appeared at the time", and only as an "essentially political" challenge, Lowenfeld's cardinal argument is that the Western states refused to vote in favour of the Charter, and to recognize its legal value.⁹⁹ Similarly, while Yannaca-Small acknowledges that "[the] cascade of international litigation [in international arbitration tribunals, under IIA provisions] has spawned a multiplicity of problems, procedural, jurisdictional, and substantive";¹⁰⁰ she qualifies the negative attitude of developing countries towards the regime in the recent years as "[...] uninformed, nationalistic and autarchic [...]".¹⁰¹

The authors that defend this particular position describe the actions of developing states during the 1960s and 1970s –and of some of them in the recent years– as the one of a "prodigal son", strayed from the righteous path for a time, but later repented and back in his father's house. They argue that customary international law has not changed only because some –or the majority– of states had rejected the existence of an obligation in a "political challenge".

Their argument implies, that the global North's rejection to that challenge was the "non-political" –or more precisely, the "legal"– thing to do.¹⁰² In other words, under the argument we now criticise, a change in customary international law could have

⁹⁷ *Ibidem*

⁹⁸ *Ibidem*, p. 81.

⁹⁹ Lowenfeld, Andreas, *International*, p. 492.

¹⁰⁰ See: Yannaca-Small, Katia, "Fair and Equitable", p. v.

¹⁰¹ *Ibidem*

¹⁰² For a more profound account about the argumentative structure of the legal discourse, as a rejection of the "apologetic"/"utopian" nature of politics, See: Koskeniemi, Martti, "Between Apology

not taken place without the consent of the “most important states”. Instead, the law remained untouched all those years, waiting to be recognized again, once the Third World adventure had finished.

Additionally, those who defend the formation of customary international law derived from the signature and ratification of IIAs –except Lowenfeld, to some extent– do not consider the differences in the content of those agreements over time, and the uncertainty that the arbitral system of dispute resolution has brought to the law. With that great hurdle to overcome, it is not easy to argue the existence of a consistent state practice.

Even more disquieting –and more important for the purposes of the present work–, the assertion that some of the norms governing the protection of foreign investment amount to universally accepted principles, which states should follow even though they have not agreed to them, entails a risk in itself. The question to ask is what would be the situation of the few “uninformed”, “nationalistic” and “autarchic” states that decided not to sign those treaties, or even to denounce them.¹⁰³

Evidently, those states are not following the “general state practice”. Probably, they would not be considered the “main” or “most important” states. Would the provisions of IIAs as interpreted by arbitral tribunals in the context of cases of which they did not take part apply to them anyway? In which terms? Who would judge whether they have complied with the “general principles” governing the protection of foreign investments? Would their attitude justify the international community to call them to comply with those principles? The ones defending this position leave all those questions unanswered.

3.2.3. Those Challenging the Formation of Customary International Law

Mann’s criterion has not gone without criticism. Andrew T. Guzman, for example, rejects the idea that developing countries “had simply changed their view”.¹⁰⁴ The author begins by noting that the consensus on the “Hull formula” before World War II was only possible because the majority of countries that later opposed were colonies.¹⁰⁵ He holds that Third World states obtained a “victory” by way of passing the resolutions culminating on the CERDS, because they represented the demise of the “Hull for-

¹⁰³ See: generally UNCTAD, “Reforming International”, 124. According to UNCTAD, “[some] countries, by far a smaller group, have announced a moratorium on future IIA negotiations, while still others have chosen a more radical approach by starting to terminate existing IIAs. A few countries have also renounced to their membership to ICSID”.

¹⁰⁴ Guzman, Andrew, “Why LDCs sign”. p. 666.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 646.

mula” as a customary rule.¹⁰⁶ On the other hand, he contends that, while developing states “... have willingly and, indeed, enthusiastically, signed BITs with developed countries”;¹⁰⁷ they did not do so just because they realized that they would be better off if they signed those treaties, nor because they felt they needed to clarify the rules applying, neither because BITs entailed any special benefit to them.¹⁰⁸

To back his assertion, he highlights the fact that some states entered into treaties at the same period as the General Assembly resolutions on PSNR and the NIEO were adopted.¹⁰⁹ Furthermore, he argues that if they really had changed their mind, they would have expressed so in the United Nations forum, instead of doing it by taking bilateral compromises with developed countries.¹¹⁰ Finally, he considers that the enhanced protection provided to investors by BITs challenges any explanation related to their supposed beneficial effect if compared with not signing them.¹¹¹

Instead, Guzman presents an explanation based on the hypothesis that developing states agreed to those treaties as a result of a “strategic choice”.¹¹² In his view, “... developing countries have different interests when they behave as a group than they do when they behave individually”.¹¹³ In the former situation, they act in a competitive way.¹¹⁴ Because of that, they want to retain the ability to make commitments that would give them a competitive edge if compared with other states offering the same investment opportunities.¹¹⁵ Therefore, they have an incentive to enter into BITs, despite the fact that they make renunciations in order to achieve that competitive edge, and those renunciations may eventually reduce any benefit to zero.¹¹⁶

Elkins, Guzman and Simmons hold the same position.¹¹⁷ They note that “BITs do not simply reflect the acceptance of dominant international property rights norms”.¹¹⁸ On the other hand, they oppose “power-based theories”, according to which “[...] dominant capital-exporting countries such as Germany or the [US] control the agenda and

106 *Ibidem*, pp. 646-51.

107 *Ibidem* p. 666.

108 *Ibidem*, p. 667-9.

109 *Ibidem*, pp. 667-8.

110 *Ibidem*, p. 668.

111 *Ibidem*, pp. 668-9.

112 *Ibidem*, pp. 669-75.

113 *Ibidem*, pp. 669.

114 *Ibidem*, pp. 669-70.

115 *Ibidem*

116 *Ibidem*

117 Elkins, Zachary et. Al., “Competing for capital”.

118 *Ibidem*, p. 812.

begin BIT negotiations according to their schedule and needs".¹¹⁹ The authors defend Guzman's "competitive theory of BIT diffusion" with quantitative evidence to support it.¹²⁰ They finally conclude that "[b]oth theoretically and empirically, the competition model seems most apt in this case".¹²¹

The authors also provide another possible explanation. When studying the variables supporting their competitive theory, and comparing them with other possible explanations, they tested the variable "coercion" (i.e., the "host state use of IMF credits").¹²² While they recognized that there is no explicit stipulation of a commitment to negotiate and enter into BITs in the IMF conditionalities, they argued that "there may be more subtle pressures on a state in balance-of-payments difficulties to use these treaties to attract foreign capital".¹²³ The variable accounted for a "positive effect on the odds of a BIT" during a given period of time.¹²⁴ In fact, the "hazard ratio" in that variable was higher than the competitive-theory variables in one of the three proposed models; and it was the second highest in the other two.¹²⁵

The possible explanations are, according to the authors, that "states seeking assistance from the IMF are encouraged to enter into BITs"; or "that the conditionality of IMF loans overlaps with the obligations of the BIT, reducing the costs of the latter".¹²⁶ In their conclusions, the authors also mentioned that "[t]he strong positive effect of IMF borrowing and alliance relationships on the propensity to sign a BIT also reminds us that a certain degree of coercion may be at play in some cases".¹²⁷ Now, although the authors recognize that "[...] multiple motives exist for the spread of this [BIT] form of protection [...]", they still consider the competitive theory as the strongest one.¹²⁸

3.2.4. Critique to the position

While the position held by Elkins, Guzman and Simmons appears reasonable, it also seems to unnecessarily diminish the importance of the "coercion" variable, at least in the period following the debt crises in the 1970s to 2000s.¹²⁹ Be as it may, both

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 819.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 822-44. They hold the theory has at least four implications: "... BITs should diffuse among host country competitors"; "BITs should spread most readily to countries where the competition for capital is the most intense"; "BITs should spread as the pool of available capital grows"; and, "BITs should diffuse more readily among host governments that lack credibility".

¹²¹ *Ibidem*, p. 841.

¹²² *Ibidem*, p. 837.

¹²³ *Ibidem*, p. 833.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 836-7.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 837.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 840.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 842.

¹²⁸ *Ibidem*

¹²⁹ See: generally Richard Peet, *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*, Zed Books, London, 2009, pp. 78-99.

the competitive and the coercion explanations can coincide in a situation without excluding each other; and instead, they may be connected in a deeper level than the one presented in the study. To rest importance to the influence that the IMF –and the World Bank– had over indebted countries would not be wise if we want to describe the situation in the most fair and complete manner. We shall now discuss in the next subsection elements that will permit us conclude that the Bretton Woods institution exercised more than “a certain degree of coercion ... in some cases”.

3.2.5. A Third Position

Another explanation that connects both the “competitive” and the “coercion” hypotheses is that the Bretton Woods institutions prompted many of the highly indebted countries from the global South to enter into the competitive behaviour described by Elkins, Guzman and Simmons. This is the argument Pahuja makes when she describes the situation as a “resolution through conditionality”.¹³⁰

As Pahuja notes, by the late 1970s the World Bank gradually expanded the scope and intensity of its intervention on domestic economies through the device called “structural adjustment”.¹³¹ Similarly, the IMF started to impose conditions to its loans.¹³² The event that broke the overall controversy “[...] not only of the claim to PSNR but of the broader claims to global redistribution and redress which had taken form on the demands for a [NIEO]” was the 1980s debt crisis.¹³³ Latin American countries found themselves in an extremely difficult situation, and the IMF and the World Bank took the opportunity to impose their conditions to them, through what has been called the “Washington Consensus”.¹³⁴ Among the many conditions imposed by the Bretton Wood institutions, it was the requirement “[...] to encourage foreign investment [...]”.¹³⁵ As envisaged in 1985 by the US government in the “Baker Plan” the conditionality concerning foreign investment “[...] specifically negated the demands made in the PSNR debate”.¹³⁶

Taking into account the events described above, the argument that the third position holds is that one of the main reasons –if not the main reason– for South countries

130 See: Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law*, pp. 160-9; See: also Ronn Pineo, *Ecuador and the United States: Useful Strangers*, University of Georgia Press, Athens, 2007, pp. 189-91, 95-6.

131 See: Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law*, p. 166; See: also Woods, Ngairé, “Bretton Woods Institutions”, p. 236-8; See: also Peet, Richard, *Unholy Trinity*, p. 84-91.

132 *Ibidem*

133 *Ibidem*

134 *Ibidem*

135 Woods, Ngairé, “Bretton Woods Institutions”, p. 237-8; See: also, Richard, *Unholy Trinity*, pp. 84-5.

136 Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law*, p. 168.

to enter into IIAs during their heyday period was the economic necessity prompted, not by the benefits of foreign direct investment itself, but by the “take-it-or-leave-it” offer they faced when asking for help. In other words, The Bretton Woods Institutions played a crucial role in the shaping of the choices developing countries made during that period, leaving a narrow margin of manoeuvre for them. This “coercive” pattern cannot be considered enough to create a sense of legal obligation. Therefore, the circumstances do not evidence the presence of the subjective element of customary international law.

It is necessary to differentiate the argument presented above from the “power-based theories” Elkins, Guzman and Simmons reject. Indeed, there are enough reasons to suspect that there is more than a coincidence in the fact that the introduction of protection of foreign investment in the Washington Consensus –as proposed in the “Baker Plan”– took place no more than three years after the US started its BIT program. However, the present argument does not hold that the IIA signing responded to the specific agenda of one or many capital-exporting countries, beyond the effective influence that such countries effectively exercised on the Bretton Woods institutions at the time. Instead, the relevant factor that determined the timing in each case was the situation of the indebted country itself, and the decision to invoke the help of the Bank and/or the IMF.

In the same sense, this position does not discard the “competition theory”, but it does qualify it. As we have witnessed above, there is empirical evidence that permit us conclude that developing countries entered into a competitive logic when they started to sign BITs.¹³⁷ However, the IMF and the World Bank were the institutions that justified, and later imposed, the competitive logic in the technical and institutional discourse. For example, it is unconvincing to hold that the World Bank was not interested in how states decided to solve their disputes with investors; when the ICSID Convention was its proposal, and the Institute forms part of the organization. Consequently, either consciously or not, the Bretton Woods institutions had a lot to do with the demise of the non-competitive NIEO initiative.

4. The Ecuadorian position

In the previous sections of this document we have presented the different opinions regarding the formation of customary international law due to the signing and ratification of IIAs by states around the world. In this section, we will go through certain

¹³⁷ Moreover, as we will examine in the Ecuadorian example set in the next section of this document, the ideological proximity between the domestic executives of the indebted countries and the international financial institutions also had a lot to do with the decision to negotiate and ratify a BIT.

episodes of the Ecuadorian history, starting from the moment when it entered into its first BIT, until the present day, in order to witness the state behaviour and perceive the reasons behind it, from a domestic perspective.

4.1. The First Ecuadorian BITs

Ecuador entered into its first BITs with Germany in June 28 1965,¹³⁸ and with Switzerland, on May 2, 1968.¹³⁹ Although the country had experimented a steady growth during the past decades, by the 1960s, it was still an agricultural economy, based mainly on banana, coffee and cacao exports.¹⁴⁰ Only a few years before, the country had discovered the oil reserves in the Amazon, but the production had not started yet.¹⁴¹

During that period, the President of the Republic was Otto Arosemena Gómez.¹⁴² Besides the link of President Arosemena with the exporting sector,¹⁴³ it is not clear why he decided to negotiate this treaty. In any case, it may be considered an isolated case, since the country did not enter into another IIA for 24 years.

4.2. Oil, Debt and Crisis

A few years after the discovery of oil under the Amazon jungle in 1967, Ecuador began an accelerated expansion of its economy, ending the agricultural prevalence, but generating high dependence on oil prices.¹⁴⁴ It was also the moment when foreign investment started to play a relevant role in Ecuadorian economy, led by US-based Texaco-Gulf.¹⁴⁵ The heyday of the oil era coincided with the rule of the “Gobierno Nacionalista y Revolucionario” [Nationalist and Revolutionary Government], a progressist military

¹³⁸ See: United Nations Conference on Trade and Development “Ecuador” *Investment Policy Hub* <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/61>> (accessed: 13-06-2016).

¹³⁹ See: UNCTAD, “Ecuador”; See: also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y la Confederación Suíza sobre Protección y Fomento de las Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Treaty Between the Republic of Ecuador and the Swiss Confederation on the Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 040-10-DTI-CC, case No 0012-10-TI, 11 November 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

¹⁴⁰ See: Dennis M. Hanratty (ed), *Ecuador: A Country Study*, Federal Research Division, Library of Congress, 3rd ed, Washington D.C., 1989, p. 105.

¹⁴¹ *Ibidem*

¹⁴² See: Enrique Ayala Mora, *Resumen de la Historia del Ecuador* [Summary of the History of Ecuador]. Corporación Editora Nacional, 3rd ed, Quito, 2008, p. 52.

¹⁴³ *Ibidem* The historian Enrique Ayala Mora describes Arosemena’s government as “[...] the representation of an alliance between the old right with oligarch groups of a more modern stream, linked with trade and banking activities]”. The original text says “... cuyo gobierno representó una alianza de la vieja derecha con grupos de la oligarquía de vertiente más moderna, vinculados con el comercio y la banca”.

¹⁴⁴ See: Ayala, Enrique, “Resumen de la”, p. 53; See: also Hanratty, Dennis, “Ecuador: a Country”, pp. 103, 5-6; See: also Pineo, Ronn, “Ecuador and the United”, pp. 180-1.

¹⁴⁵ See: Pineo, Ronn, “Ecuador and the United”, pp. 180.

dictatorship led by General Guillermo Rodríguez Lara.¹⁴⁶ The government used the unprecedented amount of revenues from oil exporting to modernize and strengthen the state and the domestic production, put without serious technical planning.¹⁴⁷ During that period, Ecuador joined the Third World countries in their PSNR proposal and became member of OPEC.¹⁴⁸

In 1974, Texaco-Gulf protested because of the nationalist measures, and pulled out in 1976¹⁴⁹ The high military ranks, counselled by the economic elites, and supported by the people that suffered the austerity following Texaco's retreat, took-over the power and replaced General Rodríguez with a "Consejo Supremo de Gobierno" [Supreme Council of Government].¹⁵⁰ The Council limited the expansive policies, but at the same time, lent high amounts of money from banks eager to lend it, to enter into a "... lavish last-minute spending spree [...]"¹⁵¹ Hanratty notes that "... the country's external debt grew from US\$324 million to about US\$4.5 billion".¹⁵²

Ecuador was the first Latin American country to return to democracy, with a new constitution and the elections held in 1979.¹⁵³ The winner, Jaime Roldós Aguilera, presented a progressist development program, based on reassertion of sovereignty over the oil industry, greater international autonomy, and human rights promotion in the region.¹⁵⁴ Yet, as the Latin American debt crisis unfolded, the Supreme Council's heavy lending started to take its toll.¹⁵⁵ By 1981, the external debt totalled US\$ 5.9 billion.¹⁵⁶ As oil prices started to go down, the country was highly indebted, and the President's legislative coalition broke-down since the beginning of the period, it was virtually impossible for the President to implement his plan.¹⁵⁷ On May 24, 1981, President Roldós died in a plane accident, and Vice-President Osvaldo Hurtado replaced him.¹⁵⁸ During Hurtado's term, the economy entered into recession, and several natu-

146 See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 53; See: also Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", p. 179.

147 See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 53; See: also Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", pp. 179-81.

148 See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 53.

149 See: Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", p. 184.

150 See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 53; See: also Hanratty, Dennis, "Ecuador: a Country", pp. 103-4, 7; See: also Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", pp. 183-5.

151 Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", p. 186; See: also at p. 189; See: also Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 53; See: also Hanratty, Dennis, "Ecuador: a Country", pp. 103-4, 7.

152 Hanratty, Dennis, "Ecuador: a Country", p. 107; Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", p. 186, gives different numbers: "Ecuador's foreign debt rose twenty times over, from \$209 million in 1970 to \$4.2 billion by 1980".

153 See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 54; See: also Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", pp. 186-8, 93-4.

154 *Ibidem*

155 See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 54; See: also Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", p. 189-90.

156 See: Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", p. 194.

157 See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 54; See: also Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", pp. 189-90, 4; See: also Hanratty, Dennis, "Ecuador: a Country", pp. 103, 7.

158 See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 53; See: also Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", p. 194; See: also "Entregan a Fiscalía

ral disasters took place, leaving the country with little room of action to cope with its many problems.¹⁵⁹ The debt continued to grow up to US\$ 8.4 billion in 1984, and debt servicing amounted to 60% of the country's export earnings.¹⁶⁰ To face the economic problems, Hurtado introduced several austerity and stabilization measures, including devaluating the currency, rising interest rates, cutting government spending, rising exchange controls, reducing fuel subsidies, and loosening the controls for foreign oil companies to operate in the country.¹⁶¹ Although those measures were extremely unpopular, the government met the objective of rescheduling its debt with the IMF, by way of its first letter of intent.¹⁶²

4.3. Ecuador "Changes Its View" Towards Foreign Investment

After Hurtado's term of office, a right-wing coalition named "Frente de Reconstrucción Nacional" [National Reconstruction Front] led by León Febres-Cordero won the elections in 1984.¹⁶³ Febres-Cordero's government signaled his full commitment with neo-liberal ideas based on deregulation, set to benefit the international trade and banking sector.¹⁶⁴ Due to the new approach, the government avoided default, and achieved another debt renegotiation with foreign private banks and the Paris Club.¹⁶⁵ Although those policies permitted the government to reduce the amount of money dedicated to debt service to 30% of exports earnings, it only served to pay for the interests.¹⁶⁶ In 1987, the Trans-Ecuadorian Pipeline –the only way to take the oil from the eastern Amazon jungle to the Pacific coast– suffered a serious damage, due to an earthquake.¹⁶⁷ It took six months to repair the pipeline and export oil again.¹⁶⁸ To repair the damage, the government asked for loans to the World Bank and a consortium

Documentación Desclasificada en Caso "Rodós" [Office of the Prosecutor-General Receives Unclassified Information on "Roldós" Case] *Ecuador Inmediato* (online) 29 June 2015, <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818783881&umt=entregan_a_fiscalia_documentacion_desclasificada_en_caso_rodos> (accessed: 13-06-2016); See: also "Familia de Roldós Pide que se Abran Archivos del "Plan Cóndor en Ecuador (AUDIO)" [Roldós's Family Asks Ecuador "Plan Cóndor" Archives to be Declassified (AUDIO)] *Ecuador Inmediato* (online) 27 May 2015, <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818781960&umt=familia_rodos_pide_que_se_abran_archivos_del_plan_condor_en_ecuador_audio> (accessed: 13-06-2016).

159 See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 53; See: also Hanratty, Dennis, "Ecuador: a Country", p. 107; See: also Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", p. 195.

160 See: Hanratty, Dennis, "Ecuador: a Country", p. 107.

161 See: Hanratty, Dennis, "Ecuador: a Country", p. 107; See: also Pineo, Ronn, "Ecuador and the United", p. 195.

162 *Ibidem*

163 See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 53.

164 *Ibidem* See: also Hanratty, Dennis, "Ecuador: a Country", p. 103.

165 See: Hanratty, Dennis, "Ecuador: a Country", p. 107.

166 *Ibidem*, pp. 107-8.

167 *Ibidem*, p. 110.

168 *Ibidem*

of private banks, which brought the external debt up to US\$ 9.6 billion.¹⁶⁹ During that period, the government fully opened the borders to foreign capital.¹⁷⁰ The measure did not have much success, apart for the growth in trade and financial services.¹⁷¹ Instead, financial speculation and inflation augmented.¹⁷² Most notably, after years of a consistent refusal policy based on the “Calvo doctrine”, Ecuador was one of the first Latin American countries that decided to accept the ICSID Convention, on 1986.¹⁷³ It also entered into a BIT with Uruguay.¹⁷⁴

4.4. The Ecuadorian BIT Rush

After a four year social-democrat government, the Ecuadorian Conservative Party won the 1992 elections.¹⁷⁵ President Sixto Durán-Ballén pushed for a neo-liberal plan of modernization and reduction of the state size, as well as structural adjustment policies, consistent on elimination of subsidies, and rise of fuel prices to international levels.¹⁷⁶ President Durán implemented an aggressive liberalization program in its international relations, as part of the negotiations pursuing the country membership in the WTO.¹⁷⁷ In exchange of all those policies, the government managed to renegotiate the payment of the external debt, and recover access to international credit after years of paying only the interests.¹⁷⁸ Thus, the government strategy was “[...] to demonstrate immediately that theirs were not mere good wishes, but a real intention to pay the debt. Little by little they accorded different programs to condone part of the external debt, both with international organisms, and with several European countries”.¹⁷⁹ During his term of office President Durán’s government signed treaties with Argentina,¹⁸⁰

¹⁶⁹ *Ibidem*

¹⁷⁰ See: Ayala, Enrique, “Resumen de la”, p. 53; See: also Hanratty, Dennis, “Ecuador: a Country”, p. 109-10.

¹⁷¹ See: Ayala, Enrique, “Resumen de la”, p. 53; See: also Hanratty, Dennis, “Ecuador: a Country”, 103, p. 10.

¹⁷² See: Ayala, Enrique, “Resumen de la”, pp. 54-5; See: also, Hanratty, Dennis, “Ecuador: a Country”, p. 103.

¹⁷³ See: Lowenfeld, Andreas, *International*, p. 540-541.

¹⁷⁴ See: UNCTAD, “Ecuador”.

¹⁷⁵ See: Ayala, Enrique, “Resumen de la”, p. 55.

¹⁷⁶ *Ibidem*

¹⁷⁷ See: AFESE, “Sixto Durán Ballén (1992-1996)” 59 *Revista AFESE*, Quito, 2006, pp. 39, 41, 50.

¹⁷⁸ See: Ayala, Enrique, “Resumen de la”, p. 55; See: AFESE, “Sixto Durán”, pp. 39, 41. In an interview about his government, President Durán described the situation as [... a moment in which we practically did not have access to international credit, and ... there was a series of unsolved issues, before the international organizations and friend governments, of credit offers or loans suspended]. The original text says: “... estábamos en un momento en que prácticamente no teníamos acceso al crédito internacional y ... había una serie de asuntos pendientes, ante los organismos internacionales y gobiernos amigos, de ofrecimiento de créditos o préstamos en marcha que estaban suspendidos”.

¹⁷⁹ *Ibidem*. The original text says “... había que demostrar de inmediato que no eran simples buenos deseos sino realmente una intención real de mi gobierno de lograrlo. Poco a poco se fueron acordando distintos programas, tanto con los organismos internacionales como con varios países europeos de condonación de parte de la deuda externa”.

¹⁸⁰ See: UNCTAD, “Ecuador”; See: also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic

Chile,¹⁸¹ France,¹⁸² El Salvador,¹⁸³ Paraguay,¹⁸⁴ Spain,¹⁸⁵ the United Kingdom,¹⁸⁶ the US,¹⁸⁷ Venezuela,¹⁸⁸ Bolivia,¹⁸⁹ Canada,¹⁹⁰ Cuba,¹⁹¹ Germany,¹⁹² Romania,¹⁹³ Russia,¹⁹⁴ and China.¹⁹⁵

of Ecuador and the Government of the Republic of Argentina for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 003-13-DTI-CC, case No 0009-10-TI, 17 January 2013, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>>, (accessed: 13-06-2016).

181 See: UNCTAD, "Ecuador"; See: also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Chile for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 038-10-DTI-CC, case No 0010-10-TI, 11 November 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

182 See: UNCTAD, "Ecuador"; See: also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the French Republic for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 031-10-DTI-CC, case No 0007-10-TI, 16 September 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

183 See: UNCTAD, "Ecuador".

184 *Ibidem*

185 See: UNCTAD, "Ecuador"; See: also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments Between the Kingdom of Spain and the Republic of Ecuador] Dictum No. 010-13-DTI-CC, case No 0010-11-TI, 25 April 2013, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

186 See: UNCTAD, "Ecuador"; See: also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio Suscrito entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement Signed between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Ecuador for the Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 020-10-DTI-CC, case No 0008-10-TI, 24 June 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

187 See: UNCTAD, "Ecuador"; See: also *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América Sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Treaty between the Republic of Ecuador and the United States of America for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Constitutional Court of Ecuador, Dictum No. 043-10-DTI-CC, case No 0013-10-TI, 25 November 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

188 See: UNCTAD, "Ecuador"; See: also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Venezuela for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 041-10-DTI-CC, case No 0011-10-TI, 25 November 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

189 See: UNCTAD, "Ecuador".

190 *Ibidem*; See: also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of Ecuador and the Government of Canada for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 035-10-DTI-CC, case No 0003-10-TI, 7 October 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

191 See: UNCTAD, "Ecuador".

192 See: UNCTAD, "Ecuador"; See: also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital* [Dictum on the Constitutionality of the Treaty between the Republic of Ecuador and the Federal Republic of Germany on the Promotion and Reciprocal Protection of Capital Investments] Dictum No. 023-10-DTI-CC, case No 0006-10-TI, 24 June 2010, available in <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

193 See: UNCTAD, "Ecuador".

194 *Ibidem*

195 *Ibidem*; See: also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el*

After Durán's term, Ecuador went through a series of democratic crises, which lasted for a decade.¹⁹⁶ Three elected presidents were removed from office by the National Congress due to the severe civic unrest caused by their unpopular policies.¹⁹⁷ While they did not completed the four-year term of office, one of them –Jamil Mahuad Witt–, managed to negotiate and enter into BITs with Dominican Republic,¹⁹⁸ Peru,¹⁹⁹ and the Netherlands.²⁰⁰

President Mahuad, candidate for the Christian Democrats (center), won the runoff election of 1998, in an alliance with Febres-Cordero's center-right party.²⁰¹ Mahuad, a Harvard-educated economist, Finances his campaign by making compromises with powerful economic actors, including owners of private banks.²⁰²

Mahuad used his legislative coalition to push for economic reforms, continuing the path of modernization and privatization set by President Durán.²⁰³ However, due to external factors, such as another fall of oil prices, and the Asian crisis, as well as a financial breakdown due to deregulation policies, the country suffered a severe economic crisis.²⁰⁴

At the end of Mahuad's government, Ecuadorians ended up without domestic currency –since 1999 until the present day, Ecuador uses the US dollar as its legal currency–, and all their life savings taken due to a “bank holiday”.²⁰⁵ After the Congress removed Mahuad on January 21, 2000, Vice-President, Gustavo Noboa Bejarano took his place as interim President for the rest of the term.²⁰⁶ Noboa continued with Mahuad's

Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Popular Republic of China for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 027-10-DTI-CC, case No 0004-10-TI, 29 July 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

196 See: Ayala, Enrique, “Resumen de la”, 56-7.

197 *Ibidem*

198 See: UNCTAD, “Ecuador”.

199 *Ibidem*. See also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República del Perú sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Peru on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 032-13-DTI-CC, case No 0016-13-TI, 29 November 2013, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

200 See: UNCTAD, “Ecuador”; See also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Kingdom of the Netherlands] Dictum No. 030-10-DTI-CC, case No 0005-10-TI, 16 September 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

201 See: Carlos de la Torre, *Populismo, Democracia, Protestas y Crisis Políticas Recurrentes en Ecuador* [Populism, Democracy, Protests and Recurring Political Crises in Ecuador], Konrad Adenauer Foundation, Rio de Janeiro, 2006, p. 17.

202 See: Ayala, Enrique, “Resumen de la”, p. 56; See: de la Torre, De la Torre, Carlos, *Populismo*, p. 11.

203 *Ibidem*

204 See: Zachary Torres-Fowler “A New Model for Restraining Authoritarianism: Popular Protest and Ecuador's Presidential Vote of No Confidence” *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* No. 16, vol. 1, Los Angeles, 2011, p. 179.

205 See: Torres-Fowler, Zachary, “A New Model, p. 179.

206 *Ibidem*

international policy by negotiating the last BITs with Costa Rica,²⁰⁷ Guatemala,²⁰⁸ Honduras,²⁰⁹ Nicaragua,²¹⁰ Finland,²¹¹ Italy,²¹² and Sweden.²¹³

4.5. The Last Shift: Repudiation of IIAs

The elections of 2007 marked the end of the political crisis, and the start of a period of relative political stability, until the present day.²¹⁴ President Rafael Correa Delgado presented a socialist program based on a rejection of the neo-liberal policies conducted by his predecessors.²¹⁵

In order to implement his program, Correa paid the totality of its US\$ 9 million debt with the IMF.²¹⁶ In a controversial move, the President also expelled the World Bank representative in Ecuador, José Somensatto.²¹⁷ Correa accused him of “blackmailing” him when he was Minister of Economy.²¹⁸ According to the President, Somensatto put on hold a loan already approved by the Bank, under the argument that Ecuador had approved an act that destined 70% of an oil-sourced stabilization fund to buy back a part of the external debt. Also, the government decided to “repudiate” part of the debt owed to private creditors.²¹⁹ To do so, the government appointed a Commission of Integral Audit of Public Credit.²²⁰ The Commission’s report concluded that many of the negotiations had inconsistencies due of incompetence or corruption,

207 See: UNCTAD, “Ecuador”.

208 *Ibidem*

209 *Ibidem*

210 *Ibidem*

211 See: UNCTAD, “Ecuador”; See also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Finland on the Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 026-10-DTI-CC, case No 0001-10-TI, 29 July 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

212 See: UNCTAD, “Ecuador”; See also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Italia sobre la Promoción y Protección de Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Italy on the Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 022-13-DTI-CC, case No 0015-13-TI, 17 July 2013, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

213 See: UNCTAD, “Ecuador”; See also Constitutional Court of Ecuador, *Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones* [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Government of the Kingdom of Sweden and the Republic of Ecuador for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 029-10-DTI-CC, case No 0002-10-TI, 6 September 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

214 See: Ayala, Enrique, “Resumen de la”, p. 57; See also De la Torre, Carlos, *Populismo*, pp. 37-8.

215 *Ibidem*

216 See: “Ecuador Se Suma a Venezuela y Paga Deuda al FMI” [Ecuador Joins Venezuela and Pays Debt to IMF] *Ecuador Inmediato* (online) 16 April 2007, <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=52425&umt=ecuador_se_suma_a_venezuela_y_paga_deuda_a_fmi> (accessed: 13-06-2016).

217 See: “Presidente de Ecuador Anuncia Enjuiciamiento a Banco Mundial” [President of Ecuador Announces Legal Actions Against World Bank] *Ecuador Inmediato* (online) 28 April 2007, <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=53124&umt=presidente_ecuador_anuncia_enjuiciamiento_a_banco_mundial> (accessed: 13-06-2016).

218 *Ibidem*

219 See: Ayala, Enrique, “Resumen de la”, 57; See also Lee Buchheit, “The Coroner’s Inquest” *International Financial Law Review* No. 28, 2009, p. 22.

220 See: Buchheit, Lee, “The Coroner’s Inquest”, p. 23.

and thus turned the debt illegitimate.²²¹ On the basis of the report, the government announced that it would cease to pay.²²² After the price of the bonds had reduced because of the default, the government bought them back with a 65% discount.²²³

At the same time, Correa pushed for the election of a constituent assembly.²²⁴ On September 28, 2008, the people approved the new constitution by referendum. Article 422 of the Ecuadorian constitution prohibits to enter into IIAs in which the state waives its jurisdiction to solve investor-state disputes.²²⁵ The only exceptions to this prohibition are the treaties between Latin American countries provided for the settlement of disputes involving Latin American nationals, by regional arbitration panels or tribunals designated by the parties.²²⁶ In application of article 422, the President submitted all BITs to the Constitutional Court to assess their constitutionality, and the Court accepted the charges, as a previous step towards their denunciation.²²⁷

The government stance in international fora has been consistent with its domestic program. First, it denounced the ICSID Convention.²²⁸ Since the first days of his government, Correa pushed for the constitution of the Union of South American Nations (UNASUR).²²⁹ The Ecuadorian government has mentioned in many occasions that one of the objectives of the organization is to replace the international financial ins-

²²¹ *Ibidem*

²²² *Ibidem*

²²³ *Ibidem*, p. 22.

²²⁴ See: Ayala, Enrique, "Resumen de la", p. 57; See: also Nina Sánchez and Yanina Welp, "Legality and Legitimacy: Constituent Power in Venezuela, Bolivia and Ecuador" in Fernando Méndez and Jonathan Wheatley (eds), *Patterns of Constitutional Design: The Role of Citizens in Constitution-Making*. Ashgate, Abingdon, 2013, pp. 108-9.

²²⁵ See: *Constitución de la República del Ecuador* [Constitution of the Republic of Ecuador] 2008, 20 October 2008, Official Registry 449, article 422. Article 422 provides: "[Treaties or international instruments where the Ecuadorian State waives sovereign jurisdiction to international arbitration entities in contract or trade disputes between the State and natural persons or private legal entities cannot be entered into. Treaties and international instruments that provide for the settlement of disputes between States and citizens in Latin America by regional arbitration entities or by jurisdictional organizations designated by the signatory countries are exempted from the aforementioned prohibition. Judges of the States that, by their selves or through their nationals, are part to the dispute, shall not intervene. In the case of external-debt related disputes, the Ecuadorian State will promote arbitral settlement taking into account the origin of the debt and subjected to the principles of transparency and international justice]". The original text says: No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

²²⁶ *Ibidem*

²²⁷ See: "Tratados Bilaterales de Inversión Contravienen Constitución Ecuatoriana" [Bilateral Investment Treaties Contravene Ecuadorian Constitution] *Ecuador Inmediato* (online) 29 April 2013 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=195993&umt=tratados_bilaterales_inversion_contravienen_constitucion_ecuatoriana> (accessed: 13-06-2014).

²²⁸ See: International Centre for Settlement of Investment Disputes, "List of Contracting States and Other Signatories of the Convention" (8 April 2015) *ICSID*, available at <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>> (accessed: 13-06-2014).

²²⁹ See: "Presidentes Firman Acta Constitutiva de UNASUR" [Presidents Sign Constitution Act of UNASUR] *Ecuador Inmediato* (online) 23 May 2008, <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=78681&umt=presidentes_firman_acta_constitutiva_unasur> (accessed: 13-06-2014).

titions, and to end Latin American dependency.²³⁰ Moreover, it has expressed the intention to constitute a centre of investment dispute settlement as part of the organization, based on the “equilibrium of protection to states and investors”.²³¹

While the moves relating to the management of the debt have been the target of many objections and had triggered debates that go beyond the scope of the present document, they did achieve the objective of unfettering the government from the long-standing dependency on the IMF and World Bank policies. Furthermore, they allowed the country to have an unconstrained decision about which legal framework should apply to the protection of foreign investment. In the same sense, they reduced the negative incentives for the government to candidly express a critical position concerning the protection of investments under international law in the universal and regional fora.

²³⁰ See: “Ecuador se Integra al Banco del Sur” [Ecuador Joins Bank of the South] *Ecuador Inmediato* (online) 8 January 2008 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=66612&umt=ecuador_se_integra_a_banco_del_sur> (accessed: 13-06-2014); See: “Presidente de Ecuador Propone Sistema Financiero de África y Sudamérica” [President of Ecuador Proposes Financial System for Africa and South America] *Ecuador Inmediato* (online) 27 September 2009 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=113771&umt=presidente_ecuador_propone_sistema_financiero_africa_y_suramerica> (accessed: 13-06-2014); See: “Países Latinoamericanos Establecerán Alianza Frente al Abuso de las Transnacionales” [Latin American Countries Will Establish Alliance Against Transnational Abuses] *Ecuador Inmediato* (online) 22 April 2013 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=195618&umt=países_latinoamericanos_estableceran_alianza_frente_al_abuso_transnacionales> (accessed: 13-06-2014).

²³¹ See: “Ecuador Busca que UNSUR Cuente Con un Mecanismo para Solución de Conflictos” [Ecuador Wants UNASUR to Feature a Mechanism for Dispute Settlement] *Ecuador Inmediato* (online) 8 January 2008 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=68594&umt=ecuador_busca_que_unasur_cuenta_con_un_mecanismo_para_solucion_conflictos> (accessed: 13-06-2014); See: also “Ecuador se Suma a Exigencia de Separar Mediación al CIADI” [Ecuador Joins Demand to Separate Mediation From ICSID] *Ecuador Inmediato* (online) 10 May 2008 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=77684&umt=ecuador_se_suma_a_exigencia_separa_mediacion_al_ciadi> (accessed: 13-06-2014); See: also “Ecuador Busca Junto a Bolivia Crear un Nuevo Sistema de Arbitraje” [Ecuador and Bolivia See: k to Create a New Arbitration System] *Ecuador Inmediato* (online) 22 July 2009 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=109097&umt=ecuador_busca_junto_a_bolivia_crear_un_nuevo_sistema_arbitraje> (accessed: 13-06-2014); See: also “Ecuador Propondrá Nuevo Sistema de Arbitraje Durante su Presidencia en la UNASUR” [Ecuador Will Propose New Arbitral System During Its Chair Term in UNASUR] *Ecuador Inmediato* (online) 8 July 2009 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=108137&umt=ecuador_propondra_nuevo_sistema_arbitraje_durante_presidencia_en_unasur> (accessed: 13-06-2014); See: “Ecuador Designa a Representante para Sistema de Solución de Controversias UNASUR” [Ecuador Designates Representative for UNASUR Dispute Resolution System] *Ecuador Inmediato* (online) 17 January 2011 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=141881&umt=ecuador_designa_a_representante_para_sistema_solucion_controversias_unasur> (accessed: 13-06-2014); “Presidente Correa Pedirá en Cumbre de UNASUR Creación “Urgente” de Centro de Arbitraje” *Ecuador Inmediato* (online) 20 August 2013 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=203861&umt=presidente_correa_pedira_en_cumbre_unasur_creacion_urgente_centro_arbitraje> (accessed: 13-06-2014); “UNASUR Tendrá su Propio Centro de Solución de Controversias” [UNASUR Will Have Its Own Centre of Dispute Settlement] *Ecuador Inmediato* (online) 27 September 2014 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818770468&umt=unasur_tendra_propio_centro_solucion_controversias> (accessed: 13-06-2014).

5. Conclusion

Along the present document we have examined the different positions concerning the issue of whether the state practice that consists in entering into IIAs could be considered to amount to customary international law, apply to states regardless of whether they have agreed to it or not. As we have witnessed, the academic discussion on the topic makes many assumptions about how the international order works, and the reasons for states to behave in a certain way. The danger in making such assumptions is that we may probably form a prejudiced conception about the problem, which may dress it in the garbs of the hegemonic discourse, as if it were “a kind of Esperanto”.²³² This document argues that the investment protection discourse, under those conditions, may overlook concrete circumstances that most likely would undermine, or at least, temper the bias of the discourse.

The Ecuadorian experience concerning IIAs has been useful to show us the reasons behind the decision of entering into such treaties. While the particular ideological framework of the political organization in power has played an important role in the willingness of the government to accept those burdening deals, the action of the Bretton Woods institutions as preachers and enforcers of a specific set of doctrines has also been determinant. In that sense, the position held in the previous lines is that countries from the South did not enter into IIAs because they recognized the existence of a legal obligation. Instead, they have acted to a great degree out of economic necessity.

The Ecuadorian example presents evidence supporting that hypothesis. The country's dependence on oil high prices, and external debt to avoid economic backwardness has prompted governments to accept whatever conditions the international financial institutions presented to them. Among those conditions, there was the obligation to open their markets to foreign investment. That obligation, instead, created a powerful incentive for the country to enter into IIAs as a way to compete for capital with other indebted countries. Similarly the Ecuadorian attitude once the government managed to lift the burden of the external debt demonstrates that the practice was determined by Ecuadorian dependency on its good image before the Bretton Woods institutions. Consequently, it would be unwise to attribute the decisions of the Ecuadorian government to *opinio juris*.

While the Ecuadorian case may be deemed exceptional, it is also the sign of a significant movement towards a revision of international investment law as it stands at the moment. Venezuela and Bolivia also decided to denounce the ICSID convention.

²³² Koskeniemi, Martti, *The Politics of*, p. 66.

Equally, countries like South Africa had begun to assess the content of its BITs, and had terminated some of them.²³³ Moreover, as UNCTAD recognizes, "... an increasing number of cases against developed countries has placed ISDS high-up on the list of issues for attention, also for developed country IIA policy makers".²³⁴ All those elements may contribute to conclude that the state practice is slowly shifting away from the position it was back in the 1990s and the first half of the 2000s.

233 See: Robert Hunter, "South Africa Terminates Bilateral Investment Treaties with Germany, Netherlands and Switzerland" *International Arbitration and Investment Law* < <http://www.rh-arbitration.com/south-africa-terminates-bilateral-investment-treaties-with-germany-netherlands-and-switzerland>>.

234 United Nations Conference on Trade and Development, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* (April 2014) IIA Issues Note No 1, 24.

Bibliography

- AFESE, "Sixto Durán Ballén (1992-1996)", in Revista AFESE No. 59, Quito, 2006.
- Ayala Mora, Enrique, Resumen de la Historia del Ecuador [Summary of the History of Ecuador], Corporación Editora Nacional, 3rd. ed., Quito, 2008.
- Buchheit, Lee, "The Coroner's Inquest", in International Financial Law Review No. 28, 2009.
- Committee on Foreign Relations, Treaty With the Republic of Ecuador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, United States Congress Report, Washington D.C., 1993.
- De la Torre, Carlos, Populismo, Democracia, Protestas y Crisis Políticas Recurrentes en Ecuador [Populism, Democracy, Protests and Recurring Political Crises in Ecuador], Konrad Adenauer Foundation, Rio de Janeiro, 2006.
- Eicher, Theo S., Mutti, John S. and Turnovski, Michelle H., International Economics, Routledge, 7th ed., London, 2009.
- Elkins, Zachary, Guzman, Andrew T., and Simmons, Beth A., "Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties 1960-2000", in International Organization No. 60, 2006.
- European Commission, "Transatlantic Trade and Investment Partnership – The Economic Analysis Explained" (September 2013) European Commission <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/september/tradoc_151787.pdf#world> (accessed: 13-06-2016).
- Guzman, Andrew T., "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", in Virginia Journal of International Law No. 38, Charlottesville, 1998.
- Hanratty, Dennis M., (ed), Ecuador: A Country Study, Federal Research Division, Library of Congress, 3rd ed., Washington DC, 1989.
- Jones, Dough, "Investor-State Arbitration in Times of Crisis", in National Law School of India Review No. 25, vol. 1, Bangalore, 2013.
- Kishoiyian, Bernard, "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", in Northwestern Journal of International Law & Business No. 14, vol. 2, Chicago, 1994.

- Koskenniemi, Martti, *The Politics of International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011.
- Loibl, Gerard, "International Economic Law", in Evans, Michael (ed), *International Law*, Oxford University Press, 2nd ed., Oxford, 2006.
- Lowenfeld, Andreas, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2nd ed., Oxford, 2008.
- Meltzer, Joshua, "Investment" in Simon Lester and Bryan Mercurio (eds), in *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Pahuja, Sundhya, *Decolonizing International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- Peet, Richard, *Unholy Trinity: The IMF, World Bank and WTO*, Zed Books, London, 2009.
- Pineo, Ronn, *Ecuador and the United States: Useful Strangers*, University of Georgia Press, Athens, 2007.
- Procuraduría General del Estado, *Oxy Case: The Defense of a Sovereign and Legal Decision of the Ecuadorian State*, Procuraduría General del Estado, Quito, 2014, available at: <http://104.130.171.14/images/stories/boletines/libroca-sooxy_20141021/oxy_case_book/libro_oxy_translation_low.pdf> (accessed: 13-06-2016).
- Sánchez, Nina and Welp, Yanina, "Legality and Legitimacy: Constituent Power in Venezuela, Bolivia and Ecuador" in Méndez, Fernando and Wheatley, Jonathan (eds), *Patterns of Constitutional Design: The Role of Citizens in Constitution-Making*, Ashgate, Abingdon, 2013.
- Stiglitz, Joseph, "Dealing with Debt: How to Reform the Global Financial System", in *Harvard International Review* No. 25, Cambridge, 2003.
- Torres-Fowler, Zachary, "A New Model for Restraining Authoritarianism: Popular Protest and Ecuador's Presidential Vote of No Confidence", in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* No. 16, vol. 1, Los Angeles, 2011.
- Treves, Tulio, "Customary International Law", in *Oxford Public International Law*, Max Planck Encyclopaedia of Public International Law (November 2006) <<http://opil.ouplaw.com.ezp.lib.unimelb.edu.au/view/10.1093/>

law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1393?rskey=I6BPfc&result=1&prd=EPIL> (accessed: 13-06-2016).

United Nations Conference on Trade and Development, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2014 IIA Issues Note No. 2, May 2015.

United Nations Conference on Trade and Development, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Monitor No. 1, 2009.

United Nations Conference on Trade and Development, Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), IIA Issues Note No. 1, April 2014.

United Nations Conference on Trade and Development, "Reforming International Investment Regime: An Action Menu" in World Investment Report, 2015.

Woods, Ngaire, "Bretton Woods Institutions", in Weiss, Thomas and Daws, Sam (eds), The Oxford Handbook of the United Nations, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Yannaca-Small, Katya, "Fair and Equitable Treatment Standard in Yannaca-Small, Katia (ed), Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Cases

ICSID Arbitral Tribunal, Occidental Petroleum Corporation v The Republic of Ecuador (Award) Case No ARB/06/11, 5 October 2012.

International Arbitral Tribunal, Norwegian Shipowners' Claims (Norway v United States) (1922) 1 Reports of International Arbitral Awards 307.

International Court of Justice, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands)(Merits) [1969] ICJ Rep 6.

PCA Arbitral Tribunal, Yukos Universal Ltd v The Russian Federation (Award) Case No AA 227, 18 July 2014.

Permanent Court of International Justice, Factory at Chorzów (Germany v Poland) (Claim for Indemnity) (Merits) PCIJ Series A No. 17.

Constitutional Court of Ecuador, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre

el Reino de España y la República del Ecuador [Dictum on the Constitutionality of the Agreement for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments Between the Kingdom of Spain and the Republic of Ecuador], Dictum No. 010-13-DTI-CC, case No 0010-11-TI, 25 April 2013, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Argentina for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments], Dictum No. 003-13-DTI-CC, case No 0009-10-TI, 17 January 2013, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Finland on the Protection and Promotion of Investments], Dictum No. 026-10-DTI-CC, case No 0001-10-TI, 29 July 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Italia sobre la Promoción y Protección de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Italy on the Protection and Promotion of Investments], Dictum No. 022-13-DTI-CC, case No 0015-13-TI, 17 July 2013, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Government of the Kingdom of Sweden and the Republic of Ecuador for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments], Dictum No. 029-10-DTI-CC, case No

0002-10-TI, 6 September 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

- ____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the French Republic for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments], Dictum No. 031-10-DTI-CC, case No 0007-10-TI, 16 September 2010, available at <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>
- ____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Chile for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments], Dictum No. 038-10-DTI-CC, case No 0010-10-TI, 11 November 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).
- ____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y la Confederación Suiza sobre Protección y Fomento de las Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Treaty Between the Republic of Ecuador and the Swiss Confederation on the Protection and Promotion of Investments], Dictum No. 040-10-DTI-CC, case No 0012-10-TI, 11 November 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).
- ____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio Suscrito entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement Signed between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Ecuador for the Protection and Promotion of Investments], Dictum No. 020-10-DTI-CC, case No 0008-10-TI, 24 June 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).
- ____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Tratado entre la Repú-

blica del Ecuador y los Estados Unidos de América Sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Treaty between the Republic of Ecuador and the United States of America for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments], Dictum No. 043-10-DTI-CC, case No 0013-10-TI, 25 November 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Venezuela for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 041-10-DTI-CC, case No 0011-10-TI, 25 November 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of Ecuador and the Government of Canada for the Reciprocal Protection and Promotion of Investments], Dictum No. 035-10-DTI-CC, case No 0003-10-TI, 7 October 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital [Dictum on the Constitutionality of the Treaty between the Republic of Ecuador and the Federal Republic of Germany on the Promotion and Reciprocal Protection of Capital Investments], Dictum No. 023-10-DTI-CC, case No 0006-10-TI, 24 June 2010, available in <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Popular Republic of China for the Re-

ciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 027-10-DTI-CC, case No 0004-10-TI, 29 July 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República del Perú sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones [Dictum on the Constitutionality of the Agreement between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Republic of Peru on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments] Dictum No. 032-13-DTI-CC, case No 0016-13-TI, 29 November 2013, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

____, Dictamen de Constitucionalidad sobre la Denuncia del Convenio Para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos [Dictum on the Constitutionality of the Agreement on the Reciprocal Protection and Promotion of Investments between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the Kingdom of the Netherlands] Dictum NO. 030-10-DTI-CC, case No 0005-10-TI, 16 September 2010, available at <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>> (accessed: 13-06-2016).

Legislation and Treaties

Constitución de la República del Ecuador [Constitution of the Republic of Ecuador] 2008, 20 October 2008, Official Registry 449.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que Reforma la de 5 de Febrero del 1857 [Political Constitution of the United Mexican States, Amending the One of February 5, 1857] (Mexico) 5 February 1917, Official Diary 30.

Statute of the International Court of Justice.

Electronic Newspaper Articles

“Ecuador Busca Junto a Bolivia Crear un Nuevo Sistema de Arbitraje” [Ecuador and Bolivia Seek to Create a New Arbitration System] Ecuador Inmediato (online) 22 July 2009 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=109097&umt=ecuador_busca_juntoa_bolivia_crear_un_nuevo_sistema_arbitraje> (accessed: 13-06-2016).

“Ecuador Busca que UNSUR Cuento Con un Mecanismo para Solución de Conflictos” [Ecuador Wants UNASUR to Feature a Mechanism for Dispute Settlement] Ecuador Inmediato (online) 8 January 2008 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=68594&umt=ecuador_busca_que_unasur_cuenta_con_un_mecanismo_para_solucion_conflictos> (accessed: 13-06-2016).

“Ecuador Designa a Representante para Sistema de Solución de Controversias UNASUR” [Ecuador Designates Representative for UNASUR Dispute Resolution System] Ecuador Inmediato (online) 17 January 2011 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=141881&umt=ecuador_designa_a_representante_para_sistema_solucion_controversias_unasur> (accessed: 13-06-2016).

“Ecuador Mantiene 34 Casos Pendientes Relacionados al Arbitraje Internacional, Confirma Subsecretario de Planificación y Desarrollo (AUDIO)” [Ecuador Has 34 Pending Cases Related to International Arbitration, Confirms Sub-Secretary of Planning and Development (AUDIO)] Ecuador Inmediato (online) 30 August 2015 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=203967&umt=ecuador_mantiene_34_casos_pendientes_relacionados_al_arbitraje_internacional_confirma_subsecretario_planificacion_y_desarrollo_audio> (accessed: 13-06-2016).

“Ecuador Propondrá Nuevo Sistema de Arbitraje Durante su Presidencia en la UNASUR” [Ecuador Will Propose New Arbitral System During Its Chair Term in UNASUR] Ecuador Inmediato (online) 8 July 2009 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=108137&umt=ecuador_propondra_nuevo_sistema_arbitraje_durante_presidencia_en_unasur> (accessed: 13-06-2016).

“Ecuador se Integra al Banco del Sur” [Ecuador Joins Bank of the South] Ecuador Inmediato (online) 8 January 2008 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=66612&umt=ecuador_se_integra_a_banco_del_sur> (accessed: 13-06-2016).

“Ecuador se Suma a Exigencia de Separar Mediación al CIADI” [Ecuador Joins Demand to Separate Mediation From ICSID] Ecuador Inmediato (online) 10 May 2008 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=77684&umt=ecuador

se_suma_a_exigencia_separa_mediacion_al_ciadi> (accessed: 13-06-2016).

“Ecuador Se Suma a Venezuela y Paga Deuda al FMI [Ecuador Joins Venezuela and Pays Debt to IMF] Ecuador Inmediato (online) 16 April 2007, <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=52425&umt=ecuador_se_suma_a_venezuela_y_paga_deuda_a_fmi> (accessed: 13-06-2016).

“Entregan a Fiscalía Documentación Desclasificada en Caso “Rodós” [Office of the Prosecutor-General Receives Unclassified Information on “Roldós” Case] Ecuador Inmediato (online) 29 June 2015, <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818783881&umt=entregan_a_fiscalia_documentacion_desclasificada_en_caso_roldos> (accessed: 13-06-2016).

“Familia de Roldós Pide que se Abran Archivos del “Plan Cóndor en Ecuador (AUDIO)” [Roldós’s Family Asks Ecuador “Plan Cóndor” Archives to be Declassified (AUDIO)] Ecuador Inmediato (online) 27 May 2015, <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818781960&umt=familia_roldos_pide_que_se_abran_archivos_del_plan_condor_en_ecuador_audio> (accessed: 13-06-2016).

“Países Latinoamericanos Establecerán Alianza Frente al Abuso de las Transnacionales” [Latin American Countries Will Establish Alliance Against Transnational Abuses] Ecuador Inmediato (online) 22 April 2013 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=195618&umt=países_latinoamericanos_estableceran_alianza_frente_al_abuso_transnacionales> (accessed: 13-06-2016).

“Presidente Correa Pedirá en Cumbre de UNASUR Creación “Urgente” de Centro de Arbitraje” Ecuador Inmediato (online) 20 August 2013 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=203861&umt=presidente_correa_pedira_en_cumbre_unasur_creacion_urgente_centro_arbitraje> (accessed: 13-06-2016).

“Presidente de Ecuador Anuncia Enjuiciamiento a Banco Mundial” [President of Ecuador Announces Legal Actions Against World Bank] Ecuador Inmediato (online) 28 April 2007, <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=53124&umt=presidente_ecuador_anuncia_enjuiciamiento_a_banco_mundial> (accessed: 13-06-2016).

“Presidente de Ecuador Propone Sistema Financiero de África y Sudamérica” [President of Ecuador Proposes Financial System for Africa and South America] Ecuador Inmediato (online) 27 September 2009 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=113771&umt=presidente_ecuador_propone_sistema_financiero_africa_y_suramerica> (accessed: 13-06-2016).

“Presidentes Firman Acta Constitutiva de UNASUR” [Presidents Sign Constitution Act of UNASUR] Ecuador Inmediato (online) 23 May 2008, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=78681&umt=presidentes_firman_acta_constitutiva_unasur

“Tratados Bilaterales de Inversión Contravienen Constitución Ecuatoriana” [Bilateral Investment Treaties Contravene Ecuadorian Constitution] Ecuador Inmediato (online) 29 April 2013 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=195993&umt=tratados_bilaterales_inversion_contravienen_constitucion_ecuatoriana> (accessed: 13-06-2016).

“UNASUR Tendrá su Propio Centro de Solución de Controversias” [UNASUR Will Have Its Own Centre of Dispute Settlement] Ecuador Inmediato (online) 27 September 2014 <http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818770468&umt=unasur_tendra_propio_centro_solucion_controversias> (accessed: 13-06-2016).

Other

International Centre for Settlement of Investment Disputes, “List of Contracting States and Other Signatories of the Convention” (8 April 2015) ICSID <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>> (accessed: 13-06-2016).

Hunter, Robert, “South Africa Terminates Bilateral Investment Treaties with Germany, Netherlands and Switzerland” International Arbitration and Investment Law <<http://www.rh-arbitration.com/south-africa-terminates-bilateral-investment-treaties-with-germany-netherlands-and-switzerland>> (accessed: 13-06-2016).

Ministerio de Finanzas del Ecuador [Finance Ministry of Ecuador], Presupuesto Ge-

neral del Estado Consolidado por Sectorial Gastos (US Dólares) [State General Budget Consolidated by Sectorial Expenditure (US Dollars)] (2012) Ministerio de Finanzas del Ecuador <<http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/06/10.SECTORIAL.pdf>> (accessed: 13-06-2016).

United Nations Conference on Trade and Development, "Ecuador" Investment Policy Hub <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/61>> (accessed: 13-06-2016).

World Bank, The, GDP (Current US\$) (2015) The World Bank <<http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD>> (accessed: 13-06-2016).

El trabajo autónomo en el Ecuador ¿está protegido?¹

José Irigoyen

Universidad San Francisco de Quito

Resumen

El presente artículo aborda la figura del trabajador autónomo, quien, a pesar de que se ha protegido en otros ordenamientos jurídicos, aún en el Ecuador se considera que no merece la tuición que brinda el Derecho del Trabajo. Dado este panorama, que es defendido por varias voces doctrinales, especialmente extranjeras; surge la necesidad de saber si en realidad existe o no sustento para que este tipo de trabajador sea protegido en el Ecuador en aplicación de la normativa actual, enfocándonos en especial en el estudio de trabajo autónomo que presta sus servicios personales a un contratante, figura que por su cercanía al régimen de dependencia, bien amerita un sistema de protección. Así, en este estudio se analiza este tema desde la perspectiva constitucional, que es aquella, que en el fondo puede considerarse ha desarrollado un sistema de protección del trabajador autónomo.

Abstract

This article is about the autonomous worker. Who while is protected by other legal systems, in Ecuador is not still considered under the tuition provided by Labour Law. At this scenario, which is supported by several foreign doctrinal authors, understanding if under the current rules there is a legal support to protect this type of worker in Ecuador is essential. This paper will focus particularly on the study of the autonomous worker who provides personal services to a contractor, due to its proximity to the subordination regime, which deserves a protection system. This research will be approached from a constitutional level, which can be considered the legal branch that has developed a system of protection of the autonomous worker in Ecuador.

Palabras clave: Derecho del Trabajo ecuatoriano; Trabajo autónomo; Trabajador autónomo protegido; Derecho Laboral Constitucional.

Key words

Ecuadorian Labour Law; Self-employed Worker; Self-employed Worker Tuition; Constitutional Labour Law.

¹ Artículo recibido el 21 de abril y aceptado el 14 de junio de 2016.

Sumario: 1. Introducción 2. Protección constitucional del trabajador autónomo 3. Un nuevo sistema

1. Introducción

El Derecho del Trabajo se ha desarrollado a partir de algunas premisas que ha considerado inmutables. Entre ellas no hay una que resulte más común que la que reza que los trabajadores dependientes son quienes siempre se encuentran en desequilibrio frente al empleador, por ende, son aquellos que deben ser protegidos por el Derecho del Trabajo.²

La premisa antes referida y puesta a valoración no todas las veces resulta acertada. Así pues, no siempre un trabajador dependiente se encuentra en una posición de desequilibrio que justifique la protección del Derecho del Trabajo; pese a lo cual, la aplicación ciega de la premisa antes referida provoca que siempre se genere protección, aunque de forma razonable un trabajador no la requiera, ya que su poder de negociación bien puede provocar que logre condiciones contractuales que evidencien que no la necesitaba.

Un ejemplo claro de lo propuesto, se encuentra en el trabajador dependiente altamente especializado, como puede ser el jugador estrella de un club profesional de fútbol. En ese caso las condiciones que pueda negociar serán sin duda mucho mejores que las previstas por el Derecho del Trabajo, por lo que carece de sentido que se apliquen las normas laborales a esta relación. Así pues, se evidencia que existen casos donde el Derecho Laboral se aplica aunque no hay las razones de fondo que justifiquen su pertinencia, de todas formas no será extraño que se diga que no es tan grave que una rama proteja a quien realmente no necesita, primero porque no es la situación más común, y luego porque en el fondo ³ya que se mejoran los supuestos de la normativa laboral⁴ en la negociación contractual, hay muy pocos derechos que se confieren a aquel trabajador que objetivamente no se encuentra en una situación desequilibrada; de ahí que estos supuestos no serán analizados dentro de este artículo.

Por otra parte, un problema que sí es ostensiblemente más preocupante, es el de aquellas relaciones de trabajo que ³pese a requerir de protección⁴ no son amparadas por el Derecho Laboral, toda vez que se aplica la premisa antes expuesta, en virtud de la cual se asume que el único trabajador que se encuentra en desequilibrio es el que se encuadra dentro de una relación de dependencia.

² Cruz, Jesús, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 53.

Al efecto, la aplicación del concepto detallado ha provocado que históricamente el trabajador autónomo no haya sido protegido por el Derecho del Trabajo, puesto que al no ser dependiente, se ha asumido que no se encuentra jamás en desequilibrio y que no requiere protección alguna. Y pese a lo dicho, no será extraño encontrar en cualquier país del mundo que existe una multiplicidad de trabajadores autónomos que claramente se encuentran en una situación tan precaria que sin duda requieren de alguna protección, puesto que prestan sus servicios en un claro desequilibrio con respecto a quien adquiere los mismos.

Así por ejemplo, aquel jardinero que se desplaza de casa en casa, y que si bien no es dirigido, y tampoco tiene un horario ¼por lo que es autónomo¾ por otra parte, es claro que requiere de algún tipo de protección, ya que su poder de negociación lo pone en un desequilibrio tal, que aquel que goza de los servicios de este trabajador autónomo, muy fácilmente puede imponer condiciones lesivas para él.

De este modo, la razón más común que suele emplearse para justificar que el trabajador autónomo no necesita de ninguna protección es que resulta imposible que la misma se genere, por la naturaleza de los servicios que presta. Todo lo cual, realmente es un absurdo, que si bien ha sido muy repetido, en nada desvirtúa que es claro que existe un trabajo autónomo que se presta en relación con otras personas, por lo que a este trabajo bien vale se le aplique la lógica de protección de una relación de desequilibrio. De igual forma y con relación al trabajo autónomo en general, incluso si este no se presta en directa relación con otra persona, nada impide que se generen nuevas lógicas de protección si se llega a determinar que el trabajador en realidad se encuentra en una condición tal que amerita de la tuición del Derecho Laboral.

La protección al trabajador autónomo, así pues, claramente es posible, aunque no faltan voces que lo nieguen, como si se tratase de una imposibilidad connatural con la esencia de la prestación del trabajo autónomo; todo lo cual ya ha sido expresamente rechazado por varios ordenamientos jurídicos que justamente han reconocido que el trabajador autónomo requiere de algún tipo de protección, por lo que ya se ha ido desarrollado normativa que confiere amparo a estos trabajadores.³

Así, no puede escapar a este análisis el citar instituciones jurídicas, o incluso cuerpos normativos completos que en el mundo se han dictado para generar un régimen jurídico que genere protección para el trabajador autónomo. Al respecto, en Alemania se ha generado protección a relaciones de trabajo que salen del tipo básico de la subordinación, mismas que si bien podrían ser clasificadas como autónomas, por el grado

³ Martín, A., *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 50-51.

desequilibrio que presentan han sido considerados como susceptibles de protección. Por ejemplo, estableciendo una norma de salarios mínimos, protección esta que se ha desarrollado desde el año 1974 (Disposición introducida por la Ley de modificación de la Ley de Tarea y otra legislación laboral desde el 29/10/1974), por lo que lejos de ser extraño el amparo al trabajador autónomo, resulta un desarrollo, si bien ajeno a nuestro sistema laboral, bastante común en algunos ordenamientos jurídicos.

De igual forma, en ordenamientos jurídicos más cercanos también se han desarrollado mecanismos de protección a ciertos trabajadores que clásicamente podrían considerarse como autónomos, pero que progresivamente han sido protegidos por instituciones particulares. Así, encontramos el caso de Italia, donde se ha regulado la figura de la "parasubordinazione", ya desde el año 2003, misma que pretende regular la relación prestada por ciertos trabajadores que sin ser subordinados han sido considerados como sujetos de protección⁴ al menos en cuanto tengan derecho a acceder a la justicia laboral, y en general se les aplica el sistema de amparo laboral con coste cero, o lo que en otras palabras son derechos laborales relacionados con la aplicación de la norma, como la irrenunciabilidad de derechos, por ejemplo.

Más allá, incluso algunos ordenamientos jurídicos han ido tan lejos en cuanto a la protección del autónomo, como al punto de crear cuerpos normativos enteros destinados a proteger al trabajador autónomo. Este es el caso español, donde se dictó el Estatuto del Trabajador Autónomo, el 12 de julio de 2007, que establece todo un conjunto normativo diseñado para este tipo de trabajador (Ramírez, 2012, p. 107). En consecuencia pues, no es extraño al desarrollo jurídico ius laboralista, la protección a lo trabajadores más allá de la dependencia.

En este contexto, entonces, no sería extraño que en el Ecuador se desarrolle una suerte de protección al trabajador autónomo, misma que $\frac{3}{4}$ como se precisará dentro de este artículo $\frac{3}{4}$ ya está progresivamente naciendo; de ahí que sus alcances y su estructura son dignos de resaltar, en la medida en que supone una evolución fundamental del régimen laboral ecuatoriano.

En lo relacionado, el sistema laboral ecuatoriano, ha sido extremadamente clásico en la medida en que muy poco se ha hecho por analizar si el trabajador dependiente siempre se encuentra en desequilibrio, y más aún si existen otras relaciones de trabajo que deben ser protegidas; por lo que en el fondo, la estructura del Código de Trabajo, y fundamentalmente la forma en que este se ha aplicado, no permiten encontrar ningún sistema de protección expresa al trabajador autónomo, más allá de

4 Kurczyn, P.; Puig, C., *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p.783.

unas pocas referencias residuales al artesano autónomo por ejemplo dentro del Código de Trabajo.⁵ Así pues, cabrá buscar el sustento de la protección a este trabajador en normas jerárquicamente más significativas, estudio que se hace a continuación.

2. Protección constitucional del trabajador autónomo

El trabajo autónomo no ha sido materia de protección del Derecho Laboral en el Ecuador, esto ha provocado pues, que sea la Constitución de la República una suerte de fuente de protección para aquel. En este sentido, cabe observar lo previsto en el artículo 325 de la Constitución que señala: “Art. 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores”.

De la Constitución, puede colegirse que es interés de la norma suprema el proteger no solo las relaciones de trabajo dependientes, sino también las relaciones autónomas, todo lo que supone una gran novedad para el Derecho Laboral, en la medida en que expresamente se considera que el trabajo autónomo puede ser objeto de protección, hecho sobre el cual ha existido una histórica reticencia, ya que la tendencia ha sido el asumir que cualquier reconocimiento de derechos o protección ³incluso si no está expresamente referido⁴ siempre se refiere al trabajo dependiente.

En todo caso, no faltará aquel que pretenda señalar que lo único que hace la Constitución de la República es reconocer la existencia del trabajo autónomo pero en ningún caso busca protegerlo, lo que dejaría al artículo como una mera declaración políticamente correcta. Siendo aquella afirmación no del todo lejana a la interpretación constitucional, que ha tenido una marcada tendencia a situar como sujetos activos de los derechos laborales solamente a los trabajadores dependientes.

Así pues, bien sería factible que se pretenda sostener que el trabajo autónomo ha sido reconocido, pero que ninguno de los derechos constitucionales en materia laboral le alcanzan, con lo que el sistema de protección del trabajador quedaría vacío en su contenido. Sin duda no me adscribo a esa posición, ya que no tiene sentido que se haga un reconocimiento de un tipo de trabajo para, a renglón seguido, excluirlo de toda la protección que ese mismo cuerpo normativo genera, todo lo cual ³si así se asume⁴ solo sería a partir de la interpretación, más no podría desprenderse del análisis exegético de la propia norma constitucional, que de ninguna forma excluye expresamente al trabajador autónomo del sistema de protección que genera la Carta Magna.

⁵ Robalino, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Quito, Fundación Antonio Quevedo, 2006, p. 175.

Al respecto, la Constitución del Ecuador, al definir el contenido del derecho al trabajo, mismo que no tiene por qué ser patrimonio solo del dependiente, procede a efectuar una descripción de aquellos a los que denomina como principios aplicable a este derecho y en tal virtud señala:

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.

4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.

5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.

6. Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.

7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.

8. El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alterabilidad en la dirección.

9. Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.

10. Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos.

11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.

12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

13. Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley.

14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

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.

16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales y demás servidores públicos, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la ley. En virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, sólo habrá contratación colectiva para el sector privado.

Nada sugiere que estos principios se apliquen solo al trabajo dependiente. Por el contrario, se encuentran descritos de manera tal que se entienden como componente del Derecho del Trabajo en general por lo que no sería aventurado decir que este es el germen de un sistema de protección del trabajador autónomo en el Ecuador.

Al respecto pues, no serán pocas las voces que consideren lo descabellado de esta postura en la medida que existe un afán desmedido por sostener la vigencia del Derecho del Trabajo clásico sin más argumentos, que el solo gusto por conservar la

sabiduría establecida, afición de la cual existe un claro exceso en el Ecuador. De todas formas, parecería ser que la discusión sobre la aplicabilidad de la normas constitucionales al trabajador autónomo ya habría quedado zanjada, no solo por el razonamiento expuesto, sino porque la Corte Constitucional ecuatoriana ha considerado que el sistema de protección constitucional, no se limita necesariamente al trabajador dependiente, sino que también se extiende al trabajador autónomo.

Al efecto, cabe observar, lo que se ha dicho dentro de la sentencia de 04 de junio de 2014, No. 093-14-SEP-CC, dictada dentro del CASO No. 1752-11-EP, publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 289 de 15 de julio de 2014. En lo relacionado, sobre el alcance del derecho al trabajo, la Corte Constitucional en aquella sentencia señala:

Conforme lo dicho, el derecho al trabajo se constituye en una necesidad humana, que obligatoriamente debe ser tutelada por el Estado, a través del incentivo de políticas públicas que estimulen al trabajo a través de todas sus modalidades, así como también, a través de la protección de los derechos laborales de todas las trabajadoras y trabajadores. Este derecho, es un derecho universal, por cuanto es reconocido a “todas” las personas, así como también abarca “todas” las modalidades de trabajo. En este sentido, el artículo 325 de la Constitución establece: “El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.

Por lo tanto, queda fuera de toda duda que la Corte Constitucional considera que el Derecho del Trabajo en el Ecuador no solo llega al trabajador dependiente, sino que $\frac{3}{4}$ como expresamente lo reconoce $\frac{3}{4}$ se extiende a “TODOS” los trabajadores, lo que ciertamente incluye al trabajador autónomo. En esta virtud, los principios que informan el Derecho del Trabajo de acuerdo a la Constitución, también se aplicarán al trabajador autónomo.

En lo relacionado, la referida sentencia de la Corte Constitucional sobre la aplicación del artículo 326 de la Constitución a los trabajadores en general, dice:

La Corte Constitucional del Ecuador, respecto a este derecho manifestó: “el derecho al trabajo, al ser un derecho social y económico, adquiere una categoría especial toda vez que tutela derechos de la parte considerada débil dentro de la relación laboral, quien al verse desprovista de los medios e instrumentos de producción puede ser objeto de vulneración de sus derechos;

es en aquel sentido que se reconoce constitucionalmente el derecho a la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, los cuales, asociados con el principio de in dubio pro operario constituyen importantes conquistas sociales que han sido reconocidas de forma expresa en el constitucionalismo ecuatoriano” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 016-13-SEP-CC, caso No. 1000-12-EP). Por las consideraciones expuestas, los operadores de justicia no pueden desconocer este derecho constitucional, cuyo reconocimiento ha sido producto de la lucha de los trabajadores a través del tiempo, quienes desde los inicios de la sociedad han sido sujetos a tratos discriminatorios. En razón de lo dicho, en la sustanciación de los procesos laborales, los jueces tienen que aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en atención a los principios que delimitan la materia laboral, tomando en consideración - [sic] las diferentes modalidades de trabajo reconocidas en la normativa, así como también los hechos que originan cada caso concreto. Bajo esta enunciación, se debe tener en cuenta que las relaciones laborales generadas a partir de cada modalidad de trabajo son diferentes, las cuales requieren de consideraciones que atiendan a la naturaleza de cada una de ellas, sin establecer generalizaciones que puedan restringir el ejercicio del derecho al trabajo.

De esta forma, puede constatar que es claro para la Corte Constitucional que el Derecho Laboral y sus componentes son aplicables a las diversas modalidades de trabajo, claro está y conforme lo establece la propia sentencia, la aplicación de los principios del Derecho del Trabajo deberán atender a las características particulares de la modalidad de trabajo que se aplique; lo que, por otra parte, no significa que una determinada relación de trabajo deba quedar desprotegida ³⁴ como se ha hecho hasta hoy ³⁴ a pretexto de que la relación de trabajo autónomo presenta peculiaridades; lo cual sin duda no puede significar la desprotección del autónomo, sino por el contrario que el ordenamiento jurídico debe hacer un esfuerzo para proveer soluciones en cuanto a la aplicación del sistema protector a estas relaciones.

En tal virtud, y para hacer un primer acercamiento del tipo de amparo que nace para el trabajador autónomo a partir de la Constitución, habrá que considerar los signos particulares que esta relación presenta para analizar cómo pueden aplicarse los principios del Derecho del Trabajo al autónomo.

Así pues, lo primero que corresponde es una acotación del trabajador autónomo, que dentro de esta investigación se pretende describir, y que es aquel frente al cual se va a analizar la protección que nace a partir del texto constitucional, ya que es absolutamente razonable que la protección que se aplique en virtud del contenido constitu-

cional, tal como lo reconoce la Corte Constitucional debe darse a partir de considerar las características de la modalidad de trabajo a protegerse.

En esta virtud y aunque reconozco que todas las modalidades de trabajo se encuentran reconocidas y protegidas por la Constitución, para analizar la protección aplicable voy a limitarme a estudiar cómo pueden aplicarse los principios del Derecho del Trabajo constitucionales al trabajador autónomo que presta sus servicios en relación con otra persona.

Si bien es cierto que existen trabajadores autónomos que no necesariamente prestan servicios, ya que su actividad supone fundamentalmente la entrega de productos, o que también existen trabajadores autónomos que no realizan su labor con una persona en particular ³⁴los cuales también están protegidos por la Constitución³⁴; dentro de este trabajo se procederá a estudiar el amparo que se da al autónomo, que particularmente presta un servicio personal por una remuneración y en relación continua con una persona, ya que este particular trabajador se encuentra sumamente cerca del dependiente, y en muchos casos en una situación mucho más precaria, pese a lo cual mantiene una relación de trabajo totalmente desprotegida, ya que la presunción de que la dependencia es la única forma de determinar protección, lo hace que este trabajador quede fuera de todo amparo; aunque es evidente que debería tener algún tipo de regulación.

Así pues, y con referencia al trabajador autónomo que presta sus servicios en esta relación, hay que encontrar que la norma constitucional del artículo 326, crea un sistema bastante completo de protección, que provoca que aunque este trabajador no se encuentre amparado por el Código de Trabajo, por otra parte sí sea titular de algunos de los derechos laborales más importantes, que le son plenamente aplicables.

Lo antes dicho, de todas formas, no puede soslayar el hecho de que la norma del artículo 326 de la Constitución no solo genera un régimen expreso de protección laboral constitucional, también puede encontrarse que contiene algunas declaraciones fundamentalmente retóricas que más que nada suponen el deber ser estatal. Así por ejemplo, el numeral 1 del artículo 326 de la Constitución establece el objetivo estatal del pleno empleo, que más que una norma que establezca un sistema de protección particular, lo que fija es un objetivo económico trazado por el Estado; además en realidad de dicha disposición no se desprende claramente un régimen de protección que pueda aplicarse al autónomo o a cualquier otra persona trabajadora amparada por el numeral 1 del artículo 326 de la Constitución. De cualquier forma y sin perjuicio de aquella declaración, el artículo 326 en general sí establece un régimen bastante completo de aquello que se podría considerar como un sistema de protección para

las modalidades de trabajadores en general, lo que ciertamente incluye pero no se limita al autónomo que presta servicios personales.

De esta forma, la Constitución de la República, en su artículo 326 ³a este particular autónomo³ le confiere el Derecho del Trabajo, y los principios que se le aplican son, por ejemplo, que los derechos son irrenunciables e intangibles. Esto significa, en el caso del autónomo, que una vez que llega a un acuerdo contractual para la prestación de sus servicios, no podrá disponer de lo acordado, pero tampoco se le podrá disminuir lo pactado. Hay que considerar que este autónomo ³dentro de nuestro sistema³ presta sus servicios bajo una contratación civil, aunque a esta contratación cabe aplicarle estos principios que ahora, conforme lo establece la Constitución, le son pertinentes.

De igual forma y al tenor de lo que establece el artículo 326 de la Constitución de la República, en su numeral 3, se confiere también al trabajador autónomo, el in dubio pro operario. Esto significa pues, que en caso de duda sobre la aplicación hermenéutica dentro de un conflicto, tendrá que aplicarse la norma que más favorezca al trabajador autónomo. Así pues, en un contrato para la prestación de servicios de un autónomo, si existe duda en cuanto a la aplicación de este negocio jurídico, el sistema establece que se tendrá que entender la norma en cuanto beneficia al trabajador autónomo; lo cual tiene sentido si se considera que el autónomo que presta servicios personalmente muy probablemente tendrá una situación de desequilibrio muy similar a la del dependiente, por ejemplo; de ahí que tiene total sentido que se le aplique esta norma de protección, más aún cuando no necesariamente encarece los costos de la relación que existe con el trabajador autónomo, por el contrario, solo asegura el equilibrio de la misma.

De igual forma, al trabajador autónomo se le confiere ³de acuerdo al artículo 326 numeral 4³ el derecho de exigir a igual trabajo igual remuneración. Así por ejemplo, si se se contrata a un dependiente para el diseño de una página web, para lo cual debe destinar 8 horas al día, se tiene que pagar al menos la remuneración básica, para lo cual se controla a este dependiente con unos horarios, mientras que si por otra parte se contrata a un autónomo con el mismo objeto, no se le controla por horas, pero se le exige el cumplimiento de requisitos técnicos tales que incluso podrían suponer un trabajo en el que destine más horas que el dependiente; solo por el hecho de ser autónomo bien se le podría pagar 1 dólar al mes si se quiere. Todo esto se corrige si se considera que el autónomo tiene derecho a exigir que a igual trabajo, igual remuneración; así pues, si el autónomo puede probar que cumple con obligaciones similares que el dependiente, aunque no exista dependencia, tiene totalmente sentido que pueda exigir la misma remuneración, ya que ³contrario a lo que se ha creído³ el he-

cho de que exista o no dependencia, solo era un mecanismo para determinar si existe o no desequilibrio, pero no puede ser sinónimo en sí mismo de desequilibrio, ya que bien puede existir este sin dependencia, como se evidencia en el ejemplo. Luego, es totalmente lógico que el autónomo pueda exigir una remuneración igual, que aquella que le corresponda al dependiente, si cumple un trabajo equivalente.

Así mismo, carece de sentido que el trabajador autónomo que presta servicios no tenga asegurado un ambiente adecuado y propio para desempeñar su trabajo. En lo relacionado, el artículo 326, numeral 5 de la Constitución, entonces establece que el trabajador autónomo debe tener asegurado un debido lugar para prestar sus servicios, de manera que se garantice su seguridad, salud, higiene y bienestar, por lo tanto, esta obligación lo que establecería prácticamente es que en caso de que se presten servicios incluso de manera autónoma, si aquellos servicios se realizan en locaciones del contratante, será el quien tiene que asegurar que aquellos lugares sean adecuados para prestar el servicio, de igual forma que en el caso de sus trabajadores dependientes.

Más aún, si se hace una análisis extensivo de lo previsto en el numeral 5 del artículo 326 de la Constitución de la República, se puede colegir que los riesgos de trabajo que se produzcan serán de cargo del contratante, claro está, siempre que el trabajador no se encuentre afiliado a la Seguridad Social ya que en ese caso, los riesgos de trabajo serían asumidos por la misma, la aplicación en este sentido provocaría que sea interés de que quien contrata un servicio, incluso de un autónomo, se cerciore de su afiliación ya que de lo contrario tendrían que asumir los riesgos de trabajo.

En todo caso, cabe considerar que los riesgos de trabajo que el contratante debería asumir con respecto al trabajador autónomo serían aquellos que se generen en cuanto el trabajador desempeñe sus actividades en locales del contratante, ya que si el autónomo realiza sus servicios desde sus instalaciones, carecería de sentido que se obligue al contratante a asumir la responsabilidad sobre riesgos de trabajo dentro de una operación con respecto de la cual no tiene ningún control, ya que toda actividad que el autónomo realice fuera de las instalaciones del contratante, evidentemente se encuentra totalmente desvinculadas de dirección por parte del contratante. En consecuencia y aplicando razonablemente las normas de la Constitución, carecería de sentido que se imponga una responsabilidad sobre actividades que no pueden controlarse por el contratante.

Por otra parte, y de acuerdo al artículo 326 numeral 6 de la Constitución de la República, el trabajador autónomo tiene derecho a que se suspenda su contrato en caso de accidente de trabajo o enfermedad, y que pueda reintegrarse una vez superado

este evento. La disposición tiene total sentido, si se considera que el trabajador dependiente, tiene derecho a que se le reasuma en el trabajo al haberse producido un siniestro que le impide trabajar, muy poco sentido tiene que un autónomo deba asumir todas las consecuencias de la enfermedad o un accidente de trabajo, por lo que la inobservancia de obligaciones en estos casos que podría producirse por parte del trabajador quedaría excusada, más aún tendría derecho el autónomo a continuar con su contrato, lo cual tiene absoluto sentido.

De igual forma, el trabajador autónomo conforme se desprende del artículo 326, numerales 7 y 8 de la Constitución también tendría derecho de libertad sindical, esto pues provocaría que puedan existir sindicatos de trabajadores autónomos, todo lo cual a día de hoy no es extraño. Así pues, existen organizaciones en el Ecuador, como la Central de Trabajadores y Trabajadoras Autónomos del Ecuador, o la Federación de Trabajadores Autónomos en Tricimotos del Ecuador, lo que significa que ya en la actualidad se está garantizando el derecho de libertad sindical para los autónomos en el país, luego tiene absoluto sentido que se confiera este derecho a los autónomos, tanto más cuando los instrumentos internacionales que lo reconocen en ningún caso limitan el derecho de libertad de asociación, o la libertad sindical a trabajadores dependientes. Así, los derechos reconocidos tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Convenio 87 y Convenio 98 de la OIT, en todos los casos cuando se refieren al derecho de libertad sindical hacen referencia como titulares a los trabajadores en general, por lo que la Constitución ecuatoriana es consecuente en la medida en que permite a los autónomos crear organizaciones sindicales.

Habrá que notar que estas organizaciones sindicales encuentran su sustento a nivel de los instrumentos internacionales antes relatados y de la Constitución, esto significa, por otra parte, que no se les pueda aplicar lo previsto en el Código de Trabajo ya que las organizaciones sindicales previstas en el Código Obrero se refieren a la organizaciones de trabajadores creadas por dependientes. Así, lo que habría en el Ecuador, son organizaciones sindicales con sustento internacional y constitucional, cuya regulación está en estos instrumentos, más allá de que en el futuro se quiera legislar sobre temas específicos.

Particularmente, puede decirse que la organizaciones sindicales de autónomos bien pueden ejercer el derecho al diálogo social, que se encuentra reconocido en el artículo 326, numeral 10 de la Constitución de la República. De esta suerte, puede constituirse este tipo de organizaciones de autónomos como un mecanismo de interlocución entre los empresarios, el gobierno, y las medidas que se tomen; por lo tanto, el sustento y la funcionalidad de las organizaciones de trabajadores de autónomos se

encuentra claramente establecido dentro de la Constitución de la República. No solo esto, hay que considerar que la Constitución reconoce ampliamente a la contratación colectiva para todas las personas trabajadoras ³sin límites⁴ conforme aparece del artículo 326 numeral 13 de la Constitución de la República, esto significa pues, que no solo tienen derecho las organizaciones sindicales a participar dentro de los mecanismos de diálogo social, también tiene facultad de celebrar contratos colectivos; misma que si bien no se encuentra normada, se encuentra plenamente vigente, por el mandato previsto en la Constitución de la República en su artículo 11 numeral 3 de la Constitución que señala:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desecharse la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

De todas formas, y no obstante esto sí tendrá en un futuro que legislarse para establecer claramente los mecanismos no solo en este punto, sino en general en que los autónomos puedan ejercer sus derechos laborales.

No podría ser sostenible que se afirme que los autónomos, por la forma en que prestan sus servicios, no se puedan organizar para defender sus intereses, de ahí que el conferir el derecho de libertad sindical al autónomo, ciertamente racionaliza el sistema, permitiendo que un grupo de interés fundamental tenga una representación clara.

Ahora, y en cuanto a los tribunales que sean competentes para solucionar los conflictos colectivos, si lo mismo se encontrase previsto solamente en el Código de Trabajo, la solución sería sencilla puesto que estas organizaciones sindicales de base constitucional no estarían sometidas a la resolución de los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

De todas formas, dado que es la propia Constitución la que en el numeral 12 del artículo 326 establece que los conflictos colectivos laborales serán solventados por los tribunales de conciliación y arbitraje, esto determina que cualquier conflicto colectivo, o que incluya aquellos que tengan las organizaciones sindicales de autóno-

mos, tendrán que ser resueltos por un Tribunal de Conciliación y Arbitraje. Así pues, no solo que existe el reconocimiento sobre la existencia, y la forma en que funciona una organización sindical de autónomos, también existe un órgano que resolverá sus conflictos previsto constitucionalmente.

Asimismo, cabe observar que en materia de derechos, se encuentra el reconocimiento del derecho a la huelga en el artículo 326, numeral 14 de la Constitución de la República, y puede constatarse que dicho derecho se confiere a los trabajadores en general, lo que significa una vez más que este es conferido también a los trabajadores autónomos, sin excepción. Sin duda, cabe aclarar que la huelga que podrán realizar los trabajadores autónomos, no será la que ha sido denominada como huelga lícita que es aquella que solo cabe en virtud de las causales previstas en el artículo 497 del Código de Trabajo, ya que esta $\frac{3}{4}$ al ser prevista por el Código de Trabajo $\frac{3}{4}$ se tiene que limitar a los trabajadores dependientes. De todas formas, si será posible que se declare una huelga de fundamento constitucional que si bien no será la tipificada y regulada en el Código de Trabajo, sí podrá aplicarse, por lo que en general los derechos que se confieren al trabajador autónomo son ejecutables.

Por otra parte, los numerales 11, 15 y 16 del artículo 326 de la Constitución de la República no tienen una directa implicación en cuanto a un régimen de protección para los autónomos que presten servicios de manera personal, por lo que no merecen mayor análisis a la hora de determinar cuál sería el posible régimen de protección del autónomo.

Ahora, el régimen laboral constitucional no solo se encuentra contenido dentro del artículo 326 de la Constitución de la República, sino que también existe una importante regulación específica sobre el Derecho del Trabajo en otras partes de la Constitución. Al respecto la Corte Constitucional no se ha pronunciado claramente sobre el alcance de otras normas que no sean los artículos 325 y 326 de la Constitución, lo que provoca una mayor discusión en cuanto a determinar qué disposiciones constitucionales relacionadas con el trabajo se aplicarían a otras modalidades de trabajo. En este sentido, solo puede intentarse una interpretación de la norma constitucional para proponer la forma en que deberá aplicarse la normativa constitucional a las diversas relaciones de trabajo.

Desde la perspectiva señalada, si bien es cierto que existe un régimen laboral constitucional general, claramente definido en los artículos 325 y 326 de la Constitución de la República, bien puede concluirse que el régimen laboral constitucional específico, establece con bastante claridad a qué tipos de relaciones se refieren otras normas constitucionales relacionadas con el trabajo.

Bajo esta configuración, y en lo que respecta al régimen laboral constitucional, se entenderá que más allá de los artículos que hablan del Derecho del Trabajo de manera indeterminada, solo se deben aplicar a las modalidades de trabajo otros artículos en cuanto aquellos se refieran a una u otra modalidad por lo que aparece entonces un sistema de protección laboral constitucional específico que se aplica solo en el caso de que exista expresa referencia a una relación de trabajo en particular.

Hay que recalcar, en todo caso, que si la norma confiere derechos a relaciones de trabajo genéricamente sin precisar o sugerir que se limitan a un tipo de trabajo en específico, en esos casos la interpretación razonable sería entender que son derechos conferidos a todas las relaciones de trabajo, ya que donde el legislador no ha diferenciando, no tiene sentido que se discrimine en cuanto a interpretación, a menos que exista un argumento jurídico sólido que permita separarse de esta interpretación estricta de la norma constitucional.

Con esta consideración, en la Constitución de la República, además de lo derechos ya descritos, también puede encontrarse que expresamente reconoce derechos de los trabajadores autónomos. Al respecto, el artículo 329 de la Constitución de la República hace mención expresa de los trabajadores autónomos, y les confiere el derecho a trabajar en lugares públicos, aunque de todas formas limitado a lo que establezca la ley. De cualquier forma, es un derecho constitucional expreso referido al autónomo, cabe encontrar no solo estamos hablando de aquel autónomo que presta servicios, que es aquel que fundamentalmente se analiza en este trabajo. Este derecho también llega a todo autónomo. Claramente la norma fue creada en particular para aquellos autónomos comerciantes, que no caen dentro del supuesto de autónomo que presta servicios personales, de ahí que este derecho tiene un titular más amplio, aunque también se consagra al autónomo sujeto de nuestro estudio.

Adicionalmente también se garantiza al autónomo, por parte del artículo 329 de la Constitución, que no se le confisque sus productos, esto se entenderá particularmente en aquellos casos del autónomo ambulante, que ordinariamente sufría esto. En suma pues, es evidente que existe un sistema de protección expreso en relación con el autónomo.

El mismo artículo 329 de la Constitución de la República se refiere al autónomo expresamente también en cuanto establece que el Estado impulsa la capacitación de los trabajadores autónomos. Cabe encontrar que si bien se establece un objetivo no estamos claramente ante un derecho, mas lo relevante es que existe expresa mención del autónomo en particular el cual resulta relevante para el orden constitucional.

A su vez, la Constitución de la República también se refiere a derechos expresamente del trabajo autónomo, dentro del artículo 331 de la Constitución, se confiere expresamente el derecho a la mujer a la iniciativa del trabajo autónomo, por lo que también puede concluirse que existe un expreso sistema de protección particular para este trabajador dentro de la normativa constitucional.

Así no solo que existe el régimen general de protección al autónomo que la Corte Constitucional ha considerado que es aplicable a todas las modalidades de trabajo, también existe un sistema de protección específico que ha sido detallado, y además puede colegirse en cuanto a los normas redactadas de manera general, que estas también establecen derechos laborales al autónomo, ya que siguiendo la lógica de la Corte constitucional estos derechos que no se han especificado para el dependiente, también deberían alcanzar al autónomo, salvo aquellos derechos que se refieran a una expresa modalidad de trabajo, o que sean inaplicables.

Bajo esta premisa podría colegirse que la Constitución, al no excluir de su regulación al autónomo también le reconoce varios derechos por esta vía. Así en su artículo 328 se establece un derecho a una remuneración justa, sin precisar que esta sea la remuneración básica unificada, lo que se funda es que la remuneración de los trabajadores deberá permitirles cumplir con sus necesidades básicas.

En consecuencia, lo que se estaría estableciendo es un mecanismo para que al trabajador autónomo se le pueda pagar una remuneración que le impida proveerse al menos de ingresos que le permitan existir. No es sostenible que por el solo hecho de que un trabajador sea autónomo, este pueda disponer sobre sus ingresos al punto de incluso cobrar menos de lo que le permita subsistir. Entendida la norma propuesta, valdrá cualquier pacto para la fijación de ingresos por un servicio prestado por un autónomo, siempre que al menos satisfaga los costos de su existencia mínima. En parte, lo que puede entenderse es que si el trabajador autónomo ha llegado al punto de negociar por debajo de sus costos, realmente estaba en una posición de desequilibrio tal que amerita que exista una protección que impida que su ingreso pueda negociarse por valores que sean inferiores a los costos del trabajador autónomo y su supervivencia.

De igual forma y en virtud del artículo 328 del Código de Trabajo, podrá entenderse que el trabajador autónomo que presta servicios también tiene derecho a que su ingreso sea inembargable y que lo que se le adeude sea crédito de primera clase, algo que no suena tan extraño si se considera que en un régimen de protección del autó-

nomo como el aplicable en España ya se han conferido derechos similares.⁶ Claro está, no nos estamos refiriendo al autónomo en general, sino que estas normas tendrían razón de aplicación para esos autónomo similares al dependiente, como sucede con el autónomo materia del estudio, esto es aquel que preste servicios personales. A su vez, el trabajador autónomo tendría derecho a que remuneración siempre se pague en los términos pactados, y que la misma no pueda descontarse.

También en la línea de desarrollo del Derecho del Trabajo, se encuentra la incorporación de un derecho a la no discriminación laboral, que no se limita al dependiente, por lo que incluye también el autónomo y que no se vincula solo con la existencia de un contrato, sino que tiene un alcance previo a la existencia del contrato, como es el caso de la selección del personal. Así, el artículo 329 de la Constitución de la República, permite inferir que el trabajador autónomo como persona trabajadora tiene derecho a no ser discriminado en el proceso de selección, durante el contrato y en su promoción.

De igual forma, y en lo que respecta al derecho al acceso al trabajo en igualdad de condiciones tanto de mujeres como discapacitados, este no se limita al trabajo dependiente ni en el artículo 330, ni en el artículo 331 de la Constitución de la República; por lo tanto, por la forma en que se ha descrito, este derecho también se consagra a los trabajadores autónomos, más aún a aquellos que son muy cercanos al dependiente que no tienen por que diferenciarse.

Finalmente, otro derecho que bajo la interpretación propuesta, llegaría la trabajador autónomo es aquel previsto en el artículo 332 de la Constitución de la República, así pues este derecho aplicado a la relación del autónomo que presta servicios personales significa que no debe existir límites en el acceso al empleo por temas tales como embarazo o número de hijos. Específicamente se consagra la licencia de paternidad y maternidad, en general para todo trabajo, lo que aplicado al caso del autónomo en análisis, implicaría un derecho a la suspensión del contrato o de la prestación del servicio en estos casos para continuarlo cuando esta condición se supere, ya que estamos ante una licencia de sustento constitucional. Esto significa, entonces, que el contrato del autónomo para la prestación de servicio no puede ser terminando tampoco por situaciones tales como el embarazo, lo que por otra parte, sí fuese pertinente en un sistema donde no exista protección particular al autónomo.

Queda expuesto el régimen de protección que la Constitución establece para todo trabajo, lo que incluye el autónomo, y particularmente a aquel que presta servicios

⁶ Bronstein, A, *Derecho internacional y comparado del trabajo. Desafíos actuales*, Madrid, Organización Internacional del Trabajo, Plaza y Valdés editores, 2010, p. 67.

personales, en relación con el cual se ha descrito como se aplicaría este nuevo régimen de protección; lo que sin duda será complejo en la medida que existe una clara reticencia a innovar y más aún a aplicar figuras jurídicas en el Ecuador que sean muy distintas a las acostumbradas, por un apego bastante patológico a la interpretación y aplicación normativa ordinariamente sujeto a doctrina clásica normalmente extranjera, que es aquella que termina influyendo, de tal forma, que no en pocas ocasiones la normativa ecuatoriana, deja de ser aquello que está escrito y pasa a ser, lo que la doctrina extranjera diga.

3. Un nuevo sistema

Ahora bien, una vez descrito el sistema de protección constitucional que puede ser aplicable al autónomo queda solventada la pregunta hecha por este artículo, ya que lo se puede encontrar es que el trabajador autónomo sí tiene protección, que en el caso ecuatoriano es de claro rango constitucional.

Frente a esta realidad, sin duda la principal crítica que se puede hacer desde una perspectiva práctica a esta protección que nace con respecto al trabajador autónomo es que se está creando un nuevo régimen en un sistema laboral suficientemente rígido, de tal manera que es una forma de ahogar el emprendimiento y seguir expandiendo ilimitadamente el ámbito del Derecho del Trabajo.

Al respecto, si bien es cierto que la protección de todas las modalidades de trabajo y en particular la del trabajador autónomo supone que se extiendan los sujetos de protección del Derecho del Trabajo, en el fondo este mecanismo sincera el sistema, puesto que se evita que se provoque el efecto huida propio del Derecho del Trabajo, ya que al proveer de protección al autónomo deja de ser atractivo inventar figuras que salgan de la dependencia para aplicar el régimen autónomo, ya que en todos los casos existe un mínimo de protección inderogable.

Probablemente la evolución más pulida del sistema de la expansión del ámbito de aplicación de los derechos laborales, será que finalmente se reconozcan como derechos laborales base los previstos en la Constitución para todas las modalidades, de manera que se tiendan a proteger más que nada esos derechos base no solo para los dependientes, sino para todos los tipos de trabajo, lo que logrará que el sistema laboral se racionalice en la medida en que se deja la fijación relacionada con el dependiente como si la protección de aquel fuese el fin en sí mismo; y se pasa a una protección de todo trabajador, para lo cual se ampara en derechos base, siendo muy razonables los previstos en la Constitución, lo que provocaría que progresivamente se vaya derogando un sistema laboral del dependiente con protección en muchos casos

excesivamente onerosa, que ha creado en no pocas ocasiones un grupo de privilegiados, mientras que por otro lado se ha dejado completamente desprotegidos a otros colectivos de trabajadores que ciertamente requieren de protección, como sucede con los autónomos que prestan servicios.

El futuro, entonces, nos lleva a pensar que será irrelevante el indicador dependencia para determinar si se aplica el régimen laboral, como ya sucede con la figura del worker, en el Reino Unido donde se protege a toda persona que preste servicios personales,⁷ sin importar si existe dependencia, ya que en el fondo la última intención del derecho laboral, es equilibrar la relación donde una de las partes se encuentre sometida, y esto no solo se produce en el caso de la dependencia, por lo tanto este concepto tendrá que dejar de ser el centro del sistema, de manera tal que se creen nuevos régimen de protección que vayan más allá de la dependencia, donde se proteja la sola prestación de servicios y se les aplique a todas estas prestaciones el mismo sistema de base, que bien puede ser aquel previsto en la Constitución, mismo que podría derogar y simplificar en mucho el actual sistema laboral, hoy solo destinado al dependiente de manera irrazonable.

⁷ Freedland, M., *The personal employment contract*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 277.

Bibliografía

- Bronstein, A., Derecho internacional y comparado del trabajo. Desafíos actuales, Organización Internacional del Trabajo, Plaza y Valdés editores, Madrid 2010.
- Cruz, Jesús, Compendio de Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2013.
- Martín, A., Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2009.
- Ramírez, J., Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Robalino, I., Manual de Derecho del Trabajo, Fundación Antonio Quevedo, Quito, 2006.
- Freedland, M., The personal employment contract, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Kurczyn, P; Puig, C., Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano, D.F., México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Legislación

- Disposición introducida por la Ley de modificación de la Ley de Tarea y otra legislación laboral desde el 29/10/1974 Boletín oficial Federal Alemán, No. 119 del 31 de octubre de 1974. Disponible en: http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl174s0777.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl174s2879.pdf%27%5D__1466011472575 (acceso: 08/01/2016)
- Constitución del Ecuador (Registro Oficial 449 de 25 de julio 2008). Disponible en: http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=PUBLICOCONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR&query=constituci%C3%B3n#I_DXDataRow0 (acceso: 20/01/2016)
- Sentencia de 04 de junio de 2014, No. 093-14-SEP-CC, dictada dentro del CASO No. 1752-11-EP, publicada en el Registro Oficial, Suplemento No. 289 de 15 de julio de 2014. Disponible en: <http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/ImageVisualizer/ImageVisualizer>.

El régimen de estabilidad jurídica de las inversiones en Ecuador a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera¹

Ricardo Montalvo Lara²
Investigador independiente

Resumen

El presente artículo analiza el impacto que la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera ha tenido en el régimen de estabilidad de las inversiones en el derecho ecuatoriano, gobernado hasta antes de su expedición exclusivamente por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Asimismo, expone y hasta cierto punto busca aclarar algunas de las nociones más importantes que han provocado cambios significativos en el régimen de estabilidad, las cuales deben ser claramente entendidas tanto por el inversionista como por el Estado ecuatoriano.

Abstract

This article analyzes the impact that the Organic Law of Incentives for Public-Private Partnerships and Foreign Investment has had in the regime of investment stability in Ecuadorian law, ruled before solely by the Organic Code Production, Trade and Investment. It also exposes and seeks to clarify, to some extent, the most important notions that have caused significant changes in the stability regime, and which must be clearly understood by both the investor and the Ecuadorian State.

Palabras clave: Estabilidad / Inversiones / Incentivos tributarios / COPCI / Asociaciones público-privadas

Key Words

Stability / Investment / Tax incentives / COPCI / Public-Private Partnerships

Sumario: **1.** Introducción **2.** La estabilidad para las inversiones en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones **3.** La estabilidad jurídica para las inver-

¹ Artículo recibido el 17 de abril y aceptado el 17 de junio de 2016.

² Socio del estudio jurídico ML Abogados. Analista legal de inversiones y asociaciones público-privadas en el Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad. Abogado Summa Cum Laude por la Universidad San Francisco de Quito.

siones en la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera **3.1** Estabilidad tributaria sobre los incentivos de la Ley de Incentivos APP **4.** Estabilidad jurídica en la Ley de Incentivos APP **5.** Estabilidad jurídica en el COPCI **6.** Resumen y conclusiones

1. Introducción

Una de las preocupaciones más grandes de los inversionistas extranjeros respecto de países en vías de desarrollo radica en los continuos e impredecibles cambios en las regulaciones que tienen lugar en estos últimos.⁴ En el Derecho de las Inversiones, para mitigar este riesgo, han nacido varias protecciones jurídicas tanto en el campo internacional como en el nacional.⁵ En el derecho local, los países han creado instrumentos específicos, como los contrato de inversión, en los que han incluido mecanismos de estabilización con el fin de conciliar dos necesidades: la del Estado, de promover la inversión, nacional y extranjera; y la del inversionista, de focalizar sus recursos y realizar gastos de inversión prolongada en el tiempo en territorios donde el riesgo político no sea alto.⁶

Como explican Dolzer y Schreurer, más allá del reconocimiento de derechos, tareas, riesgos y responsabilidades, los contratos de inversión tienen como objetivo determinar las reglas del juego al que las partes (el Estado y el inversionista) se han comprometido.⁷ Desde una perspectiva legal, las más complejas y difíciles preguntas por responder al respecto se refieren usualmente a la inclusión de cláusulas que regulen las conductas de las partes en caso de cambios políticos en el país que recepta la inversión. Estas cláusulas se denominan “de estabilidad”, y constituyen una variante especial de la cláusula de elección de ley aplicable que por regla general se incluye en los contratos de inversión. Para Cotula:

⁴ Así lo expone el Banco Mundial en su reporte anual de inversión y riesgo político, de acuerdo al cual, en el 2013, una vez más, el incumplimiento de los contratos y el ámbito regulatorio son las preocupaciones más grandes de los inversionistas respecto de los países en vías de desarrollo. El 40% de los encuestados en el informe manifestó que tuvo pérdidas financieras por la emisión de regulaciones adversas que afectaron el retorno de su inversión. MIGA, “World Investment and Political Risk”, Sitio web MIGA, 2014, disponible en: <http://www.miga.org/documents/WIPR13.pdf>, p. 41 (acceso: 7/04/2016).

⁵ R. Dolzer y C. Schreurer, consideran que, una vez que un Estado ha permitido una inversión extranjera, el inversionista está protegido por las reglas de la costumbre internacional, los tratados internacionales y regionales e instrumentos de derecho local como leyes específicas que regulen la materia de inversión y contratos de inversión con disposiciones protectoras determinadas. Dolzer, R.; Schreurer C., *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press. 2008, pp. 7-11.

⁶ El riesgo político es un factor muy importante a la hora de decidir si invertir o no en un país determinado. El Banco Mundial, en su reporte del año 2013, expone claramente los tipos de riesgo político de mayor preocupación para los inversionistas en países en vías de desarrollo, así como el impacto del riesgo político en el inversionista extranjero. Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo, Banco Internamericano de Desarrollo, *Public Private Partnerships Reference Guide: version 2.0* <<http://api.ning.com/files/Iumaxx-0jz3owSB05xZDKmWIE7GTVYA3cXwt4K4s3Uy0NtPPRgPWYO1ILrWaTUqybQeTXIeuSYUxbPFWlYsuyNI5rL6b2Ms/PPPReferenceGuidev02Web.pdf>>, 2014, p. 21.

⁷ Dolzer, R.; Schreurer, C., *Principles of International*, p. 73.

Stabilization clauses aim to “stabilize” the terms and conditions of an investment project, thereby contributing to manage non-commercial (that is fiscal, regulatory) risk. They involve a commitment by the host government not to alter the regulatory framework governing the project, by legislation or any other means [...]. [De esta forma] under the so-called “freezing clauses”, the applicable domestic law is the one in force at the time the contract is concluded.⁸

Hasta el 29 de diciembre de 2015, el régimen de estabilidad para las inversiones en el Ecuador se encontraba regulado exclusivamente por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones —en adelante, COPCI— y su Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo. Sin embargo, en los últimos años, Ecuador fue uno de los países con menor registro de inversión extranjera directa de Latinoamérica.⁹ Esto generó la necesidad de crear mecanismos que atraigan la inversión al país, incluyendo reformas al alcance y objeto del régimen de estabilidad.

Es por ello que la Asamblea Nacional aprobó la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera¹⁰ —en adelante, Ley de Incentivos APP—, la cual implementó fuertes incentivos tributarios para los proyectos que se desarrollen bajo esa modalidad,¹¹ así como modificó, de una forma significativa, el alcance y el objeto de la estabilidad en materia de inversiones en determinados sectores de la economía nacional. Bajo este contexto, el objetivo del presente trabajo es hacer un breve análisis acerca del impacto que la Ley de Incentivos APP ha tenido en el régimen jurídico de estabilidad de las inversiones en el derecho ecuatoriano, así como exponer y hasta cierto punto aclarar algunas de las nociones más importantes que han provocado cambios significativos en el régimen.

⁸ Cotula, L., “Regulatory Taking, Stabilization, 2008, pp. 5-6.

⁹ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), en su reporte de inversión mundial de 2015, agrupó a Ecuador dentro de los países de Latinoamérica que menos recibieron inversión extranjera en 2014, en un rango de entre el 100 y 1000 millones de dólares. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2015). *World Investment Report 2015* <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf>, 2015, p. 58

¹⁰ La Ley entró en vigencia mediante Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de diciembre de 2015.

¹¹ La Guía de Referencia de Asociaciones Público-Privadas, elaborada por los organismos multilaterales de inversión pública más importantes del mundo otorga el siguiente concepto de asociación public-privada: “[a] long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility, and remuneration is linked to performance”. Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo, Banco Interamericano de Desarrollo, Public Private Partnerships, p. 14. Sobre esta base, la Ley de Incentivos APP define a las asociaciones público-privadas, en su artículo 8, de la siguiente manera: Art. 8.- De la Asociación Público-Privada. Se define por asociación público-privada la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiamiento total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada.

Para el efecto, este trabajo está estructurado de la siguiente manera. En primer lugar, se revisarán las disposiciones relativas derecho de estabilidad contenidas en el COPCI. En segundo lugar, se analizarán algunas disposiciones de la Ley de Incentivos APP, con el fin de determinar las implicaciones que su reciente entrada en vigencia ha traído en nuestro ordenamiento en cuanto al derecho de estabilidad. Finalmente, se expondrán las conclusiones a las que se ha llegado después de haber realizado el análisis previamente mencionado.

2. La estabilidad para las inversiones en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

El cuerpo legal más importante en materia de inversiones en Ecuador es el COPCI, el cual contiene un libro destinado exclusivamente al tratamiento del desarrollo de la inversión productiva y de sus instrumentos. Las normas de este libro reconocen garantías e incentivos a favor del inversionista privado, permitiendo al Estado, en todos sus niveles, otorgar tratamientos diferenciados, en calidad de incentivos, a favor de inversiones nuevas y productivas en función de sectores económicos, ubicación geográfica, entre otros factores.¹²

Sobre esta base, en el mismo COPCI se establecieron incentivos de orden tributario, reconocidos en su artículo 24, e incorporados como reformas a las normas tributarias correspondientes,¹³ como lo son la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria.

Con el fin de proteger estas inversiones y, sobre todo, estabilizar la normativa relativa a los incentivos tributarios, el COPCI contempló una herramienta jurídica a favor del sector privado: el contrato de inversión. Del artículo 25 del COPCI¹⁴ podemos

12 El segundo inciso del artículo 17 del COPCI dispone específicamente lo siguiente: “Art. 17.- [...] El Estado en todos sus niveles de gobierno, en ejercicio de su plena potestad pública podrá otorgar tratamientos diferenciados, en calidad de incentivos, a favor de la inversión productiva y nueva, los que serán otorgados en función de sectores, ubicación geográfica u otros parámetros que éstas deberán cumplir, según los términos previstos en este Código y su Reglamento”.

13 Así lo dispone el artículo 23 del COPCI: “Art. 23.- De los incentivos.- Los incentivos de orden tributario que reconoce esta normativa se incorporan como reformas a las normas tributarias pertinentes, como consta en las disposiciones reformativas al final de este Código”.

14 El artículo 25 del COPCI prescribe: Art. 25.- Del contenido de los contratos de inversión.- Por iniciativa del inversionista, se podrá suscribir contratos de inversión los mismos que se celebrarán mediante escritura pública, en la que se hará constar el tratamiento que se le otorga a la inversión bajo el ámbito de este Código y su Reglamento. Se podrá establecer en los contratos de inversión, los compromisos contractuales que sean necesarios para el desarrollo de la nueva inversión, los mismos que serán previamente aprobados por el ente rector de la materia en que se desarrolle la inversión. Los contratos de inversión podrán otorgar estabilidad sobre los incentivos tributarios, en el tiempo de vigencia de los contratos, de acuerdo a las prerrogativas de este Código. De igual manera, detallarán los mecanismos de supervisión y regulación para el cumplimiento de los parámetros de inversión previstos en cada proyecto. El Consejo Sectorial de la Producción establecerá los parámetros que deberán cumplir las inversiones que soliciten someterse a este régimen.

abstraer los siguientes elementos esenciales del contrato de inversión: se trata de un negocio jurídico bilateral y solemne del cual nacen obligaciones para el Estado y los inversionistas, que son quienes lo suscriben. Por un lado, el Estado contrae dos obligaciones de hacer y una de no hacer. Las primeras consisten en reconocer los derechos y beneficios que el Código y su Reglamento le proveen a la inversión, y adquirir los compromisos contractuales que sean necesarios para el desarrollo de la nueva inversión. Por su parte, la de no hacer radica en no modificar para el inversionista las normas que se hayan declarado como invariables, lo que se traduce en otorgar estabilidad al inversionista, durante la vigencia del contrato, sobre los incentivos tributarios prescritos en el COPCI .

Mientras tanto, el inversionista se obliga a cumplir los parámetros de inversión establecidos por el Consejo Sectorial de la Producción.¹⁵ Este determinó como criterios objetivos de cumplimiento para el inversionista un mínimo monto de inversión,¹⁶ generación de empleo¹⁷ y porcentaje de contenido nacional.¹⁸ Si el proyecto de inversión nueva y productiva cumple dichos parámetros, el Consejo Sectorial aprueba la suscripción el contrato y, luego de la suscripción, los criterios objetivos se transforman en obligaciones para el inversionista.

El tiempo de vigencia de estos contratos, a tenor del artículo 26 del COPCI, es “[...] de hasta quince (15) años a partir de la fecha de su celebración, y su vigencia no limitará la potestad del Estado de ejercer control y regulación a través de sus organismos competentes”. No obstante, el mismo artículo prescribe que “[...] a petición

15 El Reglamento de Inversiones establece la composición y atribuciones del Consejo Sectorial en sus artículos 2 y 3. El numeral 9 del artículo 3 claramente prescribe como una atribución del Consejo “Art. 3.- [...] 9. Establecer los parámetros que deberán cumplir las inversiones que soliciten someterse a los términos de los contratos de inversión referidos en el artículo 25 del Código; [...]”. Estos parámetros fueron fijados en la Resolución No. CSP-2012-002.

16 Art. 4.- Monto de la inversión.- De conformidad con el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el monto mínimo de la inversión para la firma de un contrato de inversión deberá ser equivalente a USD 250.000,00 durante el primer año, valor que representará un mínimo del 25% del valor total de la inversión prevista. El porcentaje de incremento de la inversión, la modalidad y la periodicidad de la misma, serán fijados durante el proceso de aprobación del proyecto por parte de la Secretaría Técnica en acuerdo con la inversionista, quien asume el compromiso de cumplir con los parámetros fijados y acepta el someterse a los procesos de monitoreo establecido en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y en su Reglamento.

17 Art. 5.- Incremento de empleo.- Igualmente para establecer este parámetro y determinar el aporte de una inversión al incremento del empleo, se tomará en cuenta el número promedio de empleados del sector, y el porcentaje promedio de incremento salarial en los tres años anteriores a la fecha de la inversión, de manera que el parámetro fijado refleje según el caso, el incremento en número de trabajadores, o el incremento en mejora de sus condiciones laborales.

18 Art. 6.- Contenido nacional.- Para el caso de inversiones realizadas en sectores de sustitución de importaciones, fijados en el Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo, se establecerá de conformidad con el porcentaje establecido por el Ministerio de Industrias, quien fijará tal porcentaje para aprobación del Consejo Sectorial de la Producción. Para el caso de inversiones que no se realicen en sectores de sustitución de importaciones, la Secretaría Técnica podrá requerir el pronunciamiento previo de parte del Ministerio de Industrias y Productividad, a efectos de que se convalide de manera oficial el porcentaje de contenido nacional que ofrece el inversionista incrementar a través de su proyecto de inversión, que constituirá uno de los criterios a ser considerados por el Consejo Sectorial de la Producción para la aprobación del respectivo contrato de inversión.

del inversionista, y siempre que el Consejo Sectorial de la Producción lo considere pertinente, según el tipo de inversión que se esté desarrollando, los contratos de inversión podrán prorrogarse por una sola vez, hasta por el mismo plazo originalmente concedido”.

Los demás elementos del contrato de inversión, así como su procedimiento de suscripción, están debidamente desarrollados y regulados por el Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo —en adelante, Reglamento de Inversiones—. En este Reglamento se puede observar que, en razón de cómo se forma la voluntad administrativa en la etapa precontractual y de cómo el Consejo Sectorial de la Producción ejerce sus atribuciones, el contrato de inversión es un contrato de naturaleza administrativa. Esto se debe a que cumple lo previsto en el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el cual prescribe que un contrato administrativo “[e]s todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”.

Asimismo, el Reglamento desarrolla el alcance de la estabilidad tributaria que recae sobre los incentivos tributarios, circunscribiéndola a lo siguiente:

Art. 32.- Estabilidad de los incentivos Tributarios.- Durante la vigencia de los contratos de inversión se mantendrán invariables para el inversionista, la empresa receptora y la inversión, las normas legales y reglamentarias y resoluciones generales del Servicio de Rentas Internas, relativas a la determinación de la renta gravable de los inversionistas y la tarifa aplicable a la empresa receptora o la inversión, según el caso, vigentes a la fecha de celebración del contrato. De esta manera, los incentivos tributarios otorgados se mantendrán inalterables por el periodo de vigencia del contrato, a no ser que proceda la revocatoria de los mismos o la renuncia voluntaria por parte del inversionista.

Así, es posible concluir que la estabilidad del contrato de inversión consiste en un derecho personal a favor del inversionista de tornar invariables las leyes, reglamentos y actos normativos del Servicio de Rentas Internas que se relacionen con la determinación del impuesto a la renta.

Este derecho vuelve inalterables los incentivos tributarios que estén vigentes a la fecha de suscripción del contrato, así como la tarifa aplicable de impuesto a la renta para la empresa receptora (en caso de haberla) y la misma inversión. Esto genera que

los incentivos tributarios no se puedan modificar por otras vías que no sean la revocatoria de los incentivos o la renuncia voluntaria del derecho de estabilidad por parte del inversionista. Hasta el 29 de diciembre de 2014, el mencionado líneas arriba era el único alcance de la estabilidad que concedía el contrato de inversión. Sin embargo, con la promulgación de la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal se añadió un capítulo innumerado al COPCI después de su artículo 26, denominado “Incentivo de estabilidad tributaria en contratos de inversión”.

En este capítulo se amplió el alcance de la estabilidad, tal como lo prescribe su artículo innumerado tercero:

Alcance de la estabilidad tributaria.- La estabilidad tributaria, se limitará:

a) Para efectos de impuesto a la renta, la estabilidad se extenderá sobre todas las normas que permiten determinar la base imponible y la cuantía del tributo a pagar, vigentes a la fecha de suscripción del contrato de inversión. No aplicará sobre normas referentes a facultades, procedimientos, métodos y deberes formales que la administración tributaria emplee y establezca para el control y el ejercicio de sus competencias.

b) La estabilidad tributaria podrá hacerse extensiva al impuesto a la salida de divisas y otros impuestos directos nacionales, exclusivamente respecto de las tarifas y exenciones de cada impuesto, vigentes a la fecha de suscripción del contrato de inversión.

c) En el caso de las sociedades que realicen inversiones para la explotación de minería metálica a mediana y gran escala, cuya producción se destine a la exportación, también podrán obtener estabilidad tributaria del impuesto al valor agregado, exclusivamente respecto de sus tarifas y exenciones.

Es importante recalcar que el acceso a este derecho más amplio de estabilidad jurídica fue restringido para las sociedades que realicen inversiones para la explotación de minería metálica a mediana y gran escala.

Para que otros sectores puedan acceder a este beneficio, el COPCI estableció como requisitos que el monto de inversión sea mayor a USD 100 millones, que el Ministerio con competencias en el ámbito de la inversión realice un informe técnico sobre los beneficios económicos que reportará dicha inversión para el país, y que el Comité de Política Tributaria emita una autorización para la suscripción del contrato.¹⁹

¹⁹ Art. (...)- Ámbito de aplicación.- Las sociedades que realicen inversiones para la explotación de minería metálica a mediana y gran escala, de acuerdo a las condiciones que se establecen en el presente capítulo, tendrán derecho a beneficiarse de la estabilidad

En todo caso, sin perjuicio de la ampliación al alcance de la estabilidad que concedieron estas reformas a los contratos de inversión, la estabilidad continuó centrándose en el ámbito estrictamente tributario. Por ello, en virtud de estas disposiciones, cualquier otra norma que no se refiera a esa materia no podía ser invariable en el tiempo, permitiendo al Estado mantener su potestad regulatoria independientemente de las posibles afectaciones que su potestad podría producir en la inversión privada.

Finalmente, el derecho de estabilidad, independientemente de su alcance, al haber sido otorgado por el contrato de inversión, es exigible en caso de que el Estado incumpla su obligación de no hacer. El COPCI permite que todas las disputas relativas a los derechos y obligaciones del contrato de inversión se puedan someter a arbitraje internacional²⁰ o nacional,²¹ siempre y cuando no se traten directamente disputas en materia tributaria, excluidas expresamente por la Ley como no arbitrables.

Dado que la estabilidad no es materia tributaria sino un derecho contractual coligado a una obligación por parte del Estado de mantener la normativa tributaria invariable para el inversionista durante la vigencia del contrato de inversión, está dentro del alcance *ratione materiae* que la Ley establece para los convenios arbitrales en contratos de inversión.

tributaria, durante el plazo de vigencia del contrato de inversión. Dicha estabilidad tributaria también podrá ser concedida a petición de parte, en el contrato de inversión de las sociedades de otros sectores, incluyendo a las industrias básicas, que realicen inversiones productivas para el desarrollo del país, siempre que:

1. El monto de la inversión sea mayor a 100 millones de dólares;
2. Informe técnico realizado por el Ministerio con competencias en el ámbito de la inversión, sobre los beneficios económicos que reportará dicha inversión para el país; [Numeral 3 derogado por disposición reformativa primera de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 493 de 5 de Mayo del 2015].
4. Autorización del Comité de Política Tributaria para la suscripción de un contrato en el cual se regularán los requisitos, montos y plazos para realizar la inversión así como los compromisos asumidos por el inversor.

20 Art. 27.- Resolución de conflictos.- En los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presenten entre el Estado y los inversionistas. Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de 60 días. Si no se llegase a una solución directa entre las partes deberá existir una instancia obligatoria de mediación dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas. Si luego de esta instancia de mediación la controversia subsiste, el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional, de conformidad con los Tratados vigentes, de los que Ecuador forma parte. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes. Si luego del término de 6 meses de agotada la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni la hubieren sometido a jurisdicción arbitral para la solución de sus conflictos, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios.

21 Art. 27.- [...] En caso de que se pacte arbitraje nacional, este se ventilará en un Centro de Arbitraje de reconocida trayectoria, de no menos de diez años de existencia y notable experiencia. El arbitraje será en derecho y el Tribunal se conformará con tres árbitros.

3. La estabilidad jurídica para las inversiones en la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera

3.1. Estabilidad tributaria sobre los incentivos de la Ley de Incentivos APP

La Ley de Incentivos APP nació con el objeto de establecer incentivos para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada²². Estos incentivos consisten en importantes exenciones tributarias para los proyectos que se ejecuten bajo esa modalidad, que recaen sobre el impuesto a la renta, el Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) y los tributos al comercio exterior.

Por un lado, el incentivo de impuesto a la renta consiste en una exoneración de 10 años para las sociedades que se creen o estructuren para desarrollar proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada, contados a partir del primer ejercicio fiscal en el que se generen ingresos operacionales. Esta exoneración se extiende a los dividendos o utilidades que dichas sociedades paguen a sus socios o beneficiarios, cualquiera sea su domicilio²³.

Por otro lado, las exenciones al pago del ISD constituyen beneficios para las sociedades estructuradas para el desarrollo de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada, que realicen pagos al exterior, independientemente del domicilio del receptor del pago. Tales exenciones tienen lugar para pagos por concepto de adquisición de bienes y servicios, pagos a financistas incluido el capital, intereses y comisiones, distribución de dividendos y pagos por adquisición de acciones y derechos representativos en general que sean emitidos por la sociedad. Por último, la exención a los tributos al comercio exterior²⁴ se otorga para las importaciones directamente

22 Art. 1.- Objeto. Esta Ley tiene por objeto establecer incentivos para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada y los lineamientos e institucionalidad para su aplicación.

23 El artículo 9.3 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno dispone exactamente lo siguiente: Art. 9.3.- Exoneración del impuesto a la renta en el desarrollo de proyectos públicos en asociación público-privada.- Las sociedades que se creen o estructuren en el Ecuador para el desarrollo de proyectos públicos en asociación público-privada ("APP"), gozarán de una exoneración del pago del impuesto a la renta durante el plazo de diez años contados a partir del primer ejercicio fiscal en el que se generen ingresos operacionales establecidos dentro del objeto de la APP, de conformidad con el plan económico financiero agregado al contrato de gestión delegada, siempre que el proyecto se realice en uno de los sectores priorizados por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas y cumplan con los requisitos fijados en la ley que regula la aplicación de los incentivos de las APP. Están exentos del impuesto a la renta durante el plazo de diez años contados a partir del primer ejercicio fiscal en el que se generen los ingresos operacionales establecidos dentro del objeto de la APP, los dividendos o utilidades que las sociedades que se constituyan en el Ecuador para el desarrollo de proyectos públicos en APP, paguen a sus socios o beneficiarios, cualquiera sea su domicilio.

24 El artículo 125 del COPCI, prescribe lo siguiente a partir de la reforma en la Ley de Incentivos APP: "Art. 125.- Exenciones.- [...] Las importaciones directamente destinadas para la ejecución de proyectos públicos ejecutados en la modalidad de asociación público-privada que efectúen los participantes privados responsables, de conformidad con los contratos de gestión delegada celebrados con el Estado y sus instituciones, gozarán de los mismos beneficios, sean de carácter tributario o de cualquier otra naturaleza, que goza la entidad pública delegante en sus importaciones, siempre que el monto total de importaciones se ajuste a

destinadas para el desarrollo de proyectos públicos ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada, efectuadas no solo por la sociedad que se estructure para ejecutar el proyecto, sino por todos los participantes privados responsables, de conformidad con los contratos de gestión delegada. La norma incluso prescribe que los participantes gozan de los mismos beneficios, sean de carácter tributario, o de cualquier otra naturaleza, de los que goza la entidad pública delegante en sus importaciones, siempre que el monto total de importaciones se ajuste a los criterios determinados por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas para cada sector priorizado.

Todas las exenciones descritas constituyen importantes beneficios para los inversionistas, pues les permiten disminuir significativamente los costos de sus proyectos. Sin embargo, a diferencia de lo que el COPCI hace con sus incentivos tributarios, la Ley de Incentivos APP no otorga expresamente estabilidad sobre estas exenciones.

En este sentido, dicha Ley únicamente prescribe, en su artículo 15, que sus incentivos “se mantendrán mientras el contrato de gestión delegada se encuentre vigente, salvo las exenciones previstas en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno”. El verbo “mantener” no es uno que se aplique usualmente para calificar a un incentivo tributario. Por lo tanto, es necesario determinar qué es lo que el “mantenimiento” significa para efectos de la Ley, y así concluir si se trata de un derecho de estabilidad sobre las normas o se trata simplemente de un plazo de vigencia de los incentivos.

De acuerdo al numeral 2 del artículo 18 del Código Civil, “[l]as palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”. En materia tributaria, no existe un significado legal de mantenimiento, por lo que es necesario acudir a su significado natural.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el verbo “mantener” significa “conservar algo en su ser, darle vigor y permanencia” y “amparar a alguien en la posesión o goce de algo” (Real Academia Española, 2014). Esta definición no da todas las luces para determinar si “mantenimiento” significa estabilidad o si más bien se circunscribe al concepto de vigencia.

los criterios determinados por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas para cada sector priorizado. Para este propósito la entidad pública delegante expedirá a favor del participante privado responsable de las correspondientes importaciones un certificado que acredite el destino de los bienes a ser importados y los resultados de sus estudios de evaluación efectuados en la etapa precontractual respecto de la cantidad y calidad de los bienes a ser importados”.

Para dilucidar esto, es necesario entonces utilizar las demás reglas de interpretación que el Código Civil contempla. Por un lado, el artículo 18, en su numeral 4, ordena que “[e]l contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”. Utilizando esta lógica, la primera parte del inciso se refiere al mantenimiento de los incentivos hasta que el contrato de gestión delegada se encuentre vigente, mientras que la segunda parte establece una excepción a este mantenimiento para las exenciones del artículo 9.3 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

Si es que mantener significaría “estabilidad”, aquello querría decir que las exenciones del artículo 9.3 no gozarían de este derecho, al ser una excepción que la Ley expresamente contempla. Aquello resultaría un poco contradictorio, pues se estaría excluyendo de este derecho a una de las exenciones más importantes, como lo es la del impuesto a la renta. En cambio, si el mantenimiento significa “vigencia”, aquello querría decir que el plazo de la mayoría de las exenciones sería el mismo que el plazo del contrato, y las únicas excepciones respecto de esa temporalidad serían las exoneraciones de impuesto a la renta, que en efecto tiene un plazo fijo de 10 años de acuerdo a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

La segunda interpretación resulta mucho más plausible y armónica, sobre todo porque una ley otorga un plazo de vigencia a la exención, y la otra, en busca de no generar una contradicción respecto de dicho plazo, produce una exclusión, dando un plazo en cambio a las demás exenciones que no tenían una vigencia determinada por parte de sus propias leyes. Por último, este criterio se refuerza al aplicar la regla de interpretación del numeral 1 del artículo 18. Esta regla permite, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Al revisar la historia de aprobación de la Ley de Incentivos APP, específicamente el proyecto de ley que el Presidente de la República envió a la Asamblea Nacional el 25 de septiembre de 2015, encontramos que la redacción respecto de los incentivos tributarios era distinta. El artículo 5 del proyecto de ley, cuyo encabezado era “estabilidad jurídica”, expresaba lo siguiente sobre el tema:

Los incentivos tributarios que se otorgan a través de esta ley a las sociedades a cargo de la ejecución de proyectos públicos bajo la modalidad de asociación público-privada se aplicarán durante el plazo de vigencia del contrato de gestión delegada con independencia de las modificaciones que en el futuro se efectúen en el ordenamiento jurídico. (El énfasis es mío)

No obstante, esta redacción fue modificada en el texto final de la Ley. Resulta evidente entonces que la Asamblea Nacional, durante el procedimiento de aprobación, modificó un artículo que otorgaba vigencia a los incentivos, independientemente de las modificaciones que se efectúen en el ordenamiento jurídico, por otro que simplemente se refiera a un mantenimiento de ellos. Así las cosas, resulta plenamente viable pensar que el cambio en la ley tuvo lugar para no otorgar estabilidad sobre los incentivos sino simplemente para definir su plazo de vigencia.

Este cambio, en todo caso, no parece generar una modificación sustancial al objetivo de que los incentivos se mantengan invariables en el tiempo a favor del gestor privado de la asociación público-privada. Si bien el artículo 16 de la Ley de Incentivos APP se refiere a la vigencia de los incentivos y no otorga per se un derecho de estabilidad sobre ellos, el hecho de que todos los incentivos constituyan exenciones y se sujeten a un plazo, permite, de forma abstracta, la misma invariabilidad.

Esto se debe a la naturaleza inmodificable que el derecho tributario les otorga a las exenciones cuya vigencia se sujeta a un plazo. Al respecto, Héctor Villegas afirma que:

[L]as exenciones respecto de las cuales la ley nada dice sobre término de vigencia se entienden otorgadas por tiempo indeterminado y subsisten mientras perduren los extremos fácticos tenidos en cuenta para concederlas.

La subsistencia de las exenciones esta también condicionada a que no sean derogadas las disposiciones legales que las establecen. O sea que el hecho de no expresarse término de vigencia no puede llevar a interpretar que la exención se otorgó "a perpetuidad" y una ley posterior puede suprimirla, cuestión, esta, que depende de la valoración del legislador de los intereses públicos en juego. [En cambio] Si se trata de un beneficio tributario concedido por un plazo determinado, dicho beneficio no puede ser legalmente abolido antes del vencimiento del plazo (el énfasis es mío).²⁵

Nuestro Código Tributario recoge esta misma lógica, al prescribir en el artículo 34:

Art. 34.- Derogatoria o modificación.- La exención, aun cuando hubiere sido concedida en atención a determinadas situaciones de hecho, podrá ser modificada o derogada por ley posterior.

Sin embargo, la concedida por determinado plazo, subsistirá hasta su expiración.

²⁵ Villegas, H, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 7ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 285.

De lo expuesto se colige que la regla general es que las exenciones subsistan mientras no sean modificadas o derogadas. No obstante, si se sujetan a un plazo, se vuelven invariables desde que el plazo empieza a discurrir hasta su vencimiento.

En el caso de los incentivos tributarios de la Ley de Incentivos APP, al haberse sujetado todos ellos a un plazo, sea a través de la misma norma que otorga la exención o a través de otro cuerpo legal, es aplicable lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 34 del Código Tributario. De esta forma, el derecho de exención subsiste hasta el vencimiento del plazo, sea de 10 años o de la duración del contrato, dependiendo del incentivo, y no puede ser derogado ni reformado; el efecto es muy similar al de una estabilidad tributaria durante el plazo de vigencia del contrato. Esto genera un significativo cambio respecto del tiempo de invariabilidad de los incentivos: el COPCI otorga hasta 15 años de estabilidad, mientras que la Ley de Incentivos APP lo hace por todo el tiempo que el contrato esté vigente (salvo un par de excepciones).

Esta distinción, asimismo, produce un impacto importante en el ámbito de resolución de controversias. El artículo 20 de la Ley de Incentivos APP, siguiendo la misma lógica del COPCI, prohíbe, en su tercer inciso, el sometimiento a arbitraje de los asuntos que se relacionen con materia tributaria.²⁶ Al tratarse de la vigencia de una exención, el cual es un tema directamente relacionado con esta rama del derecho, no es posible someterla a este método alternativo de resolución de conflictos. Consecuentemente, en caso de que se modifique o derogue uno de los incentivos y se aplique tal modificación o derogación en contra de un gestor privado que goce de ellos, tal desavenencia debería ventilarse por la vía contencioso-tributaria.

Aquello generaría un gran desincentivo para los inversionistas, principalmente los extranjeros, pues no podrían sujetar a un foro neutral los conflictos derivados de la modificación o derogación de los incentivos, los cuales de forma adicional, y particularmente en materia de asociaciones público-privadas, involucran muy grandes montos de inversión. Como afirman Dolzer y Scheuer:

In the absence of an agreement to the contrary an investment dispute between a state and a foreign investor would normally have to be settled by the host state's courts. [...] From the investor's perspective, this is not an attractive solution. Rightly or wrongly, the investor will fear a lack of impartiality from the courts of the state against whom it wishes to pursue its claim. In many countries an independent judiciary cannot be taken for granted and executive interventions in court proceedings or a sense of judicial loyalty

²⁶ Art. 20.- [...] No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios, así como ningún otro acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano.

to the forum state are likely to influence the outcome of proceedings. This is particularly so where large amounts of money are involved. [...] Also, the ordinary courts may lack the expertise to deal with the sometimes highly technical questions of international investment law.²⁷

De igual forma, tornaría mucho menos eficiente el impacto de esta particular estabilidad, provocando que no se cumpla el objetivo de mitigar el temor de los inversionistas ante la inseguridad respecto de las reglas del juego en el país.

Afortunadamente, para subsanar esta dificultad, la Ley de Incentivos APP contempló disposiciones reformativas que permiten la suscripción de un contrato de inversión que otorgue un derecho de estabilidad sobre los incentivos tributarios otorgados en ella y permita la ventilación de desavenencias derivadas del ejercicio de dicho derecho por la vía arbitral. El numeral 2 de la Disposición Reformatoria Primera incluyó, después del número 3 del artículo 24 del COPCI, un último numeral a través del cual se reconoce, como incentivos tributarios para inversiones nuevas y productivas, los incentivos otorgados por la Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público privadas:

4. Para proyectos públicos ejecutados en asociación público-privada: Las inversiones que se realicen en el contexto de la ejecución de proyectos públicos en la modalidad de asociación público-privada podrán obtener las exenciones al impuesto a la renta, al impuesto a la salida de divisas, a los tributos al comercio exterior y más beneficios previstos en la Ley de Régimen Tributario Interno para este tipo de proyectos públicos de conformidad con los requisitos previstos en los capítulos II y III de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera.

Esto permitió que el contrato de inversión, cumpliendo su objeto de otorgar estabilidad sobre los incentivos tributarios del artículo 24 del COPCI, pueda tornar invariables todas las normas tributarias relativas a los incentivos de la Ley de Incentivos APP, con el alcance determinado en el artículo 32 del Reglamento de Inversiones, durante el tiempo de vigencia de los contratos.

Para permitir que el derecho de estabilidad pueda extenderse durante toda la vigencia del contrato de gestión delegada, la Ley de Incentivos APP reformó el artículo 26 del COPCI, prescribiendo que “[l]os contratos de inversión celebrados con ocasión del desarrollo de un proyecto público en asociación público-privada tendrán la misma vigencia del respectivo contrato de gestión delegada”. En este sentido, la norma

²⁷ Dolzer, R.; Schreuer, C, *Principles of International*, p. 214.

incluso dispone, manteniendo el concepto de estrecho relacionamiento entre un contrato y otro, que “[l]a terminación del contrato de gestión delegada conlleva así mismo la del contrato de inversión sin que se requiera declaración o trámite adicional”.

Adicionalmente, al suscribir el contrato de inversión, el inversionista puede, ahora sí, acceder a arbitraje nacional o internacional en caso de que se modifiquen o deroguen sus incentivos tributarios gracias al derecho de estabilidad ganado a través del contrato.

Como afirma César Zumárraga:

Si bien la medida soberana que en materia de tributos aplique al Estado solo puede ser, en sí misma, impugnada ante los jueces contenciosos administrativos [específicamente tributarios], sí es posible someter a arbitraje tales decisiones en cuanto a sus efectos y a la reparación de los perjuicios consiguientes, en la medida en que infrinjan derechos reconocidos al inversionista en los contratos con el Estado (v.gr. contrato de explotación, contrato de inversión u otros), que usualmente protegen al inversionista contra el trato discriminatorio, el cambio de ley, las medidas confiscatorias o de efecto equivalente, entre otras.²⁸

Así, se supera la limitación impuesta por la Ley de Incentivos APP, pues la materia que se sometería a arbitraje ya no sería tributaria sino un derecho contractual sobre una obligación de no hacer del Estado, y el contrato principal del convenio arbitral no sería el contrato de gestión delegada sino el contrato de inversión.

4. Estabilidad jurídica en la Ley de Incentivos APP

Además de la estabilidad de los incentivos tributarios, muy similar a la del COPCI y otorgada asimismo a través de contrato de inversión, el artículo 15 de la Ley de Incentivos APP concedió un nuevo espectro de estabilidad a las inversiones que se ejecuten bajo la modalidad de asociación público-privada:

Art. 15.- De la Estabilidad Jurídica del Contrato de Gestión Delegada. La estabilidad jurídica que se garantiza en esta Ley se extiende a los aspectos regulatorios sectoriales y específicos que hayan sido declarados como esenciales en los correspondientes contratos de gestión delegada.

²⁸ Zumárraga, C. “Arbitraje sobre Potestades Públicas en el Derecho Minero Ecuatoriano”, En *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Editorial Cevallos, Quito, 2012, p. 39.

Los contratos de gestión delegada deberán incluir cláusulas obligatorias relativas a la caducidad, causales de terminación de los contratos y las demás determinadas por la Ley.

La estabilidad jurídica no recaerá sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por el tribunal competente, durante la vigencia de los contratos de gestión delegada.

Los contratos de gestión delegada deben estar en armonía con los derechos, garantías y deberes consagrados en la Constitución de la República y respetar los tratados internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano. [El énfasis es mío].

Esto constituye un cambio fundamental por varias razones. En primer lugar, la estabilidad se extendió sobre aspectos sectoriales específicos relacionados con la inversión, y su nacimiento como derecho se sujetó a la condición de declarar dichas normas como esenciales en el contrato de gestión delegada. De esta forma, se modificó el alcance de la estabilidad en razón de la materia, pero se incluyó un alto elemento de discrecionalidad con la inclusión del concepto jurídico indeterminado de "esencialidad". Consecuentemente, si bien su alcance se amplió, la efectiva aplicación del derecho adquirió cierto grado de incertidumbre.

El segundo cambio trascendental radicó en que el contrato de inversión, según la Ley de Incentivos APP, dejó de ser la fuente de este derecho de estabilidad. De acuerdo al primer inciso del artículo 15 de la Ley de Incentivos APP, el contrato de gestión delegada constituye únicamente el medio para declarar esenciales las normas a estabilizarse. Esto genera una muy importante variación con el régimen anterior, dado que la fuente de la estabilidad, según el COPCI, era contractual y exigible bajo el supuesto del incumplimiento mientras el contrato se encontrara vigente, independientemente de modificaciones en la ley. En cambio, para la Ley de Incentivos APP, la fuente de la estabilidad jurídica es únicamente la ley, causando que el derecho sea exigible mientras esta se encuentre vigente y no sea modificada.

Por último, el artículo determina en su tercer inciso que la estabilidad no puede recaer sobre normas declaradas como inconstitucionales o ilegales por un tribunal competente durante la vigencia del contrato de gestión delegada. Esto, en principio, parece ser una excepción a la estabilidad, negando su aplicación sobre normas que no sean válidas; sin embargo, leyéndolo detenidamente, constituye más bien una causal de pérdida de la misma en razón de la temporalidad que el inciso configura.

La declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma tiene lugar una vez que el contrato está en ejecución, mientras que las normas se declaran como esenciales cuando el contrato se suscribe. Por ello, lo que ocurre realmente no es que no se puede estabilizar la normativa, ya que la estabilidad tiene lugar en un momento anterior a la declaración, sino que una vez estabilizada, esta calidad se pierde en razón de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Esta causal de pérdida de estabilidad no estaba comprendida en las causales que el Reglamento de Inversiones establece para el contrato de inversión en su artículo 32, el cual estabiliza las normas independientemente de cualquier declaración judicial o administrativa que tuviera lugar de forma posterior.

5. Estabilidad jurídica en el COPCI

Finalmente, esta política expansiva del alcance de la estabilidad jurídica de la Ley de Incentivos APP reformó el COPCI, otorgando este derecho a otros sectores cuyas inversiones no se ejecuten necesariamente bajo la modalidad de asociación público-privada amparada por la Ley de Incentivos APP. La Disposición Reformatoria Sexta estableció lo siguiente:

6. Luego del artículo 96 [del COPCI], agréguese el siguiente:

Art. (...).- Estabilidad jurídica de la inversión.- Además de la estabilidad tributaria que se garantiza en este Código, se podrá otorgar estabilidad jurídica de la normativa sectorial específica que hubiese sido declarada como esencial en los correspondientes contratos de concesión u otros títulos habilitantes para la gestión de sectores estratégicos o la provisión de servicios públicos.

El plazo de vigencia de dicha estabilidad jurídica será el mismo plazo del contrato de inversión.

Así, la nueva estabilidad jurídica que se garantiza en el COPCI es muy similar a la de la Ley de Incentivos APP, pues también recae sobre aspectos sectoriales específicos relacionados con la inversión, y su nacimiento como derecho se sujeta a la condición de declarar dichas normas como esenciales en los contratos respectivos. No obstante, este derecho se otorga directamente para sectores estratégicos y para la provisión de servicios públicos, a diferencia de lo que ocurre con la Ley de Incentivos APP.

Esta última prescribe en su artículo 13 que, por excepción, el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas puede aprobar y priorizar el empleo de la

modalidad de asociación público-privada para la prestación de servicios públicos. De igual forma, dispone que las disposiciones de la Ley no son aplicables para sectores estratégicos, excepto el sector hidroeléctrico y de energías alternativas. En este sentido se consigue, a través del COPCI, que la estabilidad jurídica rebasa los límites de la asociación público-privada, y se aplique para toda delegación del Estado al privado en esos dos sectores.

Finalmente, la reforma liga la vigencia de la estabilidad jurídica a la del contrato de inversión, pues claramente dispone que el plazo de ambos sea el mismo. No es claro si, gracias a esta disposición, el contrato de inversión es solo un límite al plazo de la estabilidad jurídica, cuya fuente sería legal, o si más bien el contrato se transforma en la fuente de dicha estabilidad.

Si la fuente de la estabilidad fuera legal, se seguiría la misma lógica de la estabilidad jurídica del artículo 15 de la Ley de Incentivos APP, en cuanto a que este derecho es exigible mientras la ley esté vigente y no sea modificada. En cambio, si la fuente de la estabilidad es el contrato de inversión, esta es exigible bajo el supuesto del incumplimiento mientras el contrato se encuentre vigente, independientemente de modificaciones en la ley.

En todo caso, resulta evidente que el inversionista debe necesariamente celebrar un contrato de inversión para adquirir este beneficio. Para que la estabilidad pueda producir efectos, debe tener un plazo de vigencia, el cual está sujeto a la indefectible suscripción de un contrato de inversión, tanto si es que este es la fuente del derecho de estabilidad como si es que es un simple presupuesto para la determinación de su duración.

Sin perjuicio de lo expuesto, no cabe duda de que el efecto inmediato del numeral 6 de la Disposición Reformatoria Primera de la Ley de Incentivos APP es ampliar el espectro de la estabilidad jurídica, haciéndola la regla general para la delegación de servicios públicos, así como para los sectores estratégicos, expresamente excluidos por la Ley de Incentivos APP.

7. Resumen y conclusiones

El régimen general de inversiones en Ecuador estaba regulado exclusivamente por el COPCI, el cual otorga, por regla general, un derecho de estabilidad a favor del inversionista y de la inversión únicamente sobre sus incentivos tributarios, a través del contrato de inversión. Sin embargo, con la expedición de la Ley de Incentivos APP, este régimen cambió drásticamente. Se otorgó nuevos incentivos tributarios, basados exclusivamente en exenciones, a los cuales se otorgó un plazo determinado de

vigencia. Al hacerlo, la naturaleza de la exención tributaria permitió que estos no puedan ser modificados o derogados por ley posterior mientras estén vigentes. Aquello significaba un gran aporte para el inversionista, quien en principio ya no necesitaba de un contrato de inversión para gozar de dicho derecho, así como la estabilidad se extendería por toda la duración del contrato de gestión delegada.

No obstante, la Ley excluyó la arbitrabilidad de materias tributarias en el ámbito de las asociaciones público-privadas, por lo que la posibilidad de someter a arbitraje las disputas relacionadas con la modificación o derogación de sus incentivos tributarios parecía imposible. Afortunadamente, y con el fin de otorgar una mayor seguridad jurídica a los inversionistas, la Ley de Incentivos APP reformó el COPCI, incluyendo a los incentivos APP como incentivos del artículo 24 de este último cuerpo legal. Así, permitió que el contrato de inversión pueda otorgar un derecho de estabilidad plenamente arbitrable al ya no tratarse de una materia tributaria per se.

Adicionalmente, la Ley de Incentivos APP otorgó un nuevo alcance de la estabilidad jurídica para las inversiones que se realicen a través de la modalidad de asociación público-privada y para las delegaciones, en general, en sectores estratégicos y servicios públicos. La estabilidad esta vez recaería sobre todas las regulaciones sectoriales y específicas que hayan sido declaradas como esenciales en los respectivos contratos, y la fuente de su origen sería directamente la Ley (al menos, con seguridad, en el caso de la estabilidad jurídica para las asociaciones público-privadas).

Es posible concluir, por consiguiente, que la Ley de Incentivos APP y sus reformas han generado un significativo incremento en el alcance de estabilidad en materia de inversiones en el Ecuador. Así, la Ley constituye una nueva herramienta para mitigar el riesgo político regulatorio que reina en los países latinoamericanos, lo cual representa una de las principales razones para limitar la atracción de inversión extranjera en estos países. Si bien esta no es la única ni la última forma para generar una mayor atracción de la inversión, sí constituye una muestra de interés por parte del país para obtener participación e inversión del sector privado en sectores en los que se le delegue a este último la gestión de actividades que están bajo la competencia del Estado.

Bibliografía

Banco Mundial, Banco Asiático de Desarrollo, Banco Internamericano de Desarrollo, Public Private Partnerships Reference Guide: version 2.0 , 2014, <http://api.ning.com/files/Iumatxx0jz3owSB05xZDkmWIE7GTVYA3cXwt4K4s3Uy0NtP-PRgPWYO1lLrWaTUqybQeTXIeuSYUxbPFWlysuyNI5rL6b2Ms/PPPReference-Guidev02Web.pdf>, (acceso: 01/02/2016).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, World Investment Report, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, 2015 (acceso: 03/02/2016).

Cotula, L., "Regulatory Taking, Stabilization Clauses and Sustainable Development", en: OECD Global Forum on International Investment VII "Best practices in promoting investment for development", París, 2008.

Dolzer, R.; Schreuer, C, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, New York, 2008.

Multilateral Investment Guarantee Agency / MIGA, World Investment and Political Risk <http://www.miga.org/documents/WIPR13.pdf>, (acceso: 03/02/2016).

Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23.^a edición, Espasa, Madrid, 2014.

Villegas, H, Curso de finanzas, derecho financiero y tributario, 7^a edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001.

Zumárraga, C "Arbitraje sobre Potestades Públicas en el Derecho Minero Ecuatoriano", Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Editorial Cevallos, Quito, 2012, pp. 15-40.

Legislación

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones / COPCI, <http://www.proecuador.gob.ec/wp-content/uploads/2014/02/1-Codigo-Organico-de-la-Produccion-Comercio-e-Inversiones-pag-37.pdf>, 2010 (acceso: 25/02/2016).

Reglamento a la estructura e institucionalidad del Desarrollo Productivo, de la inversión y de los mecanismos e instrumentos de fomento productivo establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones del Ecuador, <http://www.industrias.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/10/decre>

to-757.pdf, 2011 (acceso: 28/03/2016).

Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público privadas, <http://www.industrias.gob.ec/wp-content/uploads/2016/04/LEY-ORGANICA-DE-INCENTIVOS-PARA-ASOCIACIONES-PUBLICAS-Y-PRIVADAS.pdf>, 2015 (acceso: 26/03/2016).

El Contrato de distribución: de la atipicidad a la formalización¹

Jaime Vintimilla Saldaña

Universidad San Francisco de Quito

Resumen

Los contratos de distribución son mecanismos jurídicos que se han caracterizado por ser atípicos y han surgido por iniciativa de las necesidades del mercado gracias a que los empresarios lo han usado en busca de una utilidad económica necesaria para expandir el alcance de sus negocios. Se analiza la naturaleza de estos contratos así como el intento equivocado de su legalización.

Abstract

Distribution contracts are legal mechanisms that have been characterized as atypical and have emerged on the initiative of market needs since the entrepreneurs have used them in search of economic profit to expand the scope of their business. It is analyzed the nature of these contracts as well as the wrong attempt of their legalization.

Palabras claves: Contrato / Distribución / Atipicidad / Autonomía / Formalización.

Key words: Contract / Distributorship / Atypical / Free will / Formalization.

Sumario: 1. Introducción 2. Naturaleza jurídica 3. Características del contrato 3.1 Carácter personalísimo o intuitu personae 3.2. Autonomía Subjetiva 3.3. Permanencia o Estabilidad 3.4 Determinación del ámbito material 3.5. Exclusividad 3.4. Determinación del ámbito material 3.5 Exclusividad 3.6. Bilateral 3.7. Oneroso 3.8. Conmutativo 3.9. Consensual 3.10. Atípico o no regulado 3.11. Legalmente inno-minado 3.12. No formal 3.13. De colaboración o cooperación 3.14. Ordinariamente celebrado por adhesión 3.15. Contratos marco 4. Énfasis en elementos principales 5. Obligaciones 6. Extinción del contrato de distribución 7. Análisis del Proyecto de Código de Comercio 8. Análisis del contrato de distribución a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado 9. Conclusión

1. Introducción

Los diversos tipos de contratos de distribución, ya sean en sentido genérico, ya sean en sentido estricto,² se han constituido en instrumentos con los que cuenta el or-

¹ Artículo recibido el 27 de abril y aceptado el 14 de junio de 2016. Agradezco al alumno Jaime Pazmiño por el apoyo brindado para la culminación de la presente investigación.

² Al decir de Farina el vocablo "distribución" suele emplearse en el mundo de los contratos comerciales en dos sentidos:

denamiento jurídico para regular el mercado y la economía, a la par de otros como el derecho de la competencia, la propiedad industrial, la protección del consumidor, etc.³ Estos contratos reflejan con claridad la evolución del derecho mercantil⁴, pues aparecieron con la finalidad de ganar mercado para los productos de un fabricante o productor donde el legislador ha dejado, en buena parte, en manos de los particulares la organización del comercio.⁵

Debido al surgimiento de la empresa y al hecho que el comercio crece a gran escala, el mercado se ve en la necesidad de desvincular del productor del bien o servicio al consumidor final.⁶ Por lo que, se modifica la relación y aparece un tercero en la cadena de producción de un bien o servicio que es el distribuidor. El distribuidor actúa como agente colocador del bien o servicio al alcance directo del consumidor. Debido a esto los comerciantes se ven en la necesidad de acordar términos y condiciones entre el productor y el distribuidor del bien o servicio.

Seguramente por lo anotado es que el profesor Vladimir Villalba define a la distribución como aquel contrato por el cual el fabricante transfiere bienes producidos parcial o totalmente a un distribuidor quien, asumiendo el riesgo y de manera independiente, los coloca en el mercado dentro de una zona territorial determinada.⁷

Por su parte, en el Derecho Comercial Internacional se habla de contratos de distribución y cooperación para referirse a las técnicas de comercialización de productos y servicios en el exterior que benefician al empresario exportador, pues le garantizan, a bajo costo y de manera eficaz, la posibilidad cierta de contar con una red de distribución estable de sus productos y servicios en otro país, compuesta por empresarios

amplio, de carácter genérico, comprensivo de las diversas formas jurídicas mediante las cuales una persona o empresa, coloca en el mercado bienes o servicios que genera otra empresa (agencia, concesión, etc.), y estricto o restringido, referido a un modo particular de vinculación entre la empresa productora y el sujeto que coloca los productos en el mercado (Contrato de distribución), es decir, nos hallamos ante una relación contextual que cobra individualidad en cada caso en concreto. Farina, Juan, *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 2005, pp 469 y 470. A los contratos de distribución en sentido amplio se los ha colocado en una categoría como una “familia de contratos” y para evitar confusiones se ha usado la expresión “canales de comercialización por terceros independientes”. Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, “Contrato de distribución”, en *Contratos de distribución*, Heliasta, Buenos Aires, 2010, p 14.

3 Giraldo Bustamante, Carlos Julio, “Algunas reflexiones sobre los contratos de distribución, en especial sobre los contratos de concesión y agencia mercantil”, en *Modernización de las Obligaciones y los Contratos, seis estudios*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2015, p 78.

4 El contrato de distribución nace a partir del escalamiento de producción de bienes y servicios que surge en la Revolución Industrial.

5 Id., p 79.

6 Romero, Jorge, “Regulación jurídica contractual de la distribución comercial”, *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 129. Diciembre, 2012, p. 98.

7 Villalba Paredes, Vladimir, “El contrato de distribución en Contratos mercantiles y bancarios más usuales en los procesos de globalización”, *Texto-Guía*, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2007, pp 58 y 59.

independientes que colaboran con él, y respecto de la cual cuenta con un cierto nivel de control.⁸

Actualmente en la legislación ecuatoriana no se contempla al contrato de distribución como un contrato típico, es decir, no se encuentra disciplinado en ninguna norma ni aparece definido su régimen específico por medio de ley. Esta figura contractual, eminentemente atípica, más bien se ha vuelto muy común tanto en el mercado ecuatoriano como en el internacional.⁹ En realidad el único cuerpo legal que menciona los acuerdos de distribución es la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado para determinar si es que constituye o no una práctica contraria al derecho de la competencia.

Debido a esta relevancia transnacional resulta necesario que se analice qué se entiende por contrato de distribución, qué características tiene, qué elementos lo constituyen y cuál es el tratamiento que la jurisprudencia y la doctrina le han brindado.

Por último, resulta importante analizar, al menos someramente, el Proyecto de Código de Comercio¹⁰ donde se busca dotar a este contrato de la característica de la tipicidad mediante la cual pasaría a regularse por un régimen legal determinado dentro de lo denominado como sistemas de distribución y otros contratos relacionados.

2. Naturaleza jurídica

Como ya se dijo, el contrato de distribución, es un contrato atípico, por el cual una de las partes se obliga a proveer un producto para que la otra parte lo comercialice. Así, Perrota y Couso lo definen como:

Contrato por el cual el productor o fabricante convienen el suministro de un bien final al distribuidor, quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada, y a cambio de un porcentaje que puede consistir en un descuento sobre el precio de venta del producto.¹¹

De esta definición se puede evidenciar algunos aspectos o rasgos fundamentales del contrato como las partes que intervienen en la distribución, las obligaciones principales y varias de sus características distintivas como onerosidad, tracto sucesi-

⁸ Esplugues Mota, Carlos et al., *Derecho del Comercio Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244.

⁹ Su importancia es tal que ha suscitado un notable interés por parte de instituciones públicas y privadas, siendo campo abonado para la intervención de la *Lex Mercatoria*, *Ibíd.*, p. 244.

¹⁰ El proyecto de Código de Comercio fue presentado por el asambleísta Galo Borja Pérez en noviembre de 2015.

¹¹ Perrota, Salvador; Juan Carlos, Couso, *Contratos de Empresa*, II Jornadas Rioplatenses de Derecho, n.f., p. 173.

vo, consensual, conmutativo, entre otras. Debido a que este contrato es atípico, la doctrina y la jurisprudencia han definido ciertos lineamientos para establecer sus elementos y características, aunque presenta un alto grado de variación debido al hecho cierto que depende de la voluntad de las partes. Así en España, el contrato de distribución depende de lo estipulado por las partes en el acuerdo, aunque Siuraneta además expresa que también deben aplicarse de manera supletoria y por analogía las normas que regulan la compraventa mercantil.

El contrato de distribución es, en España, un contrato atípico de carácter mercantil y que, en consecuencia, se regirá por las estipulaciones que al amparo de la amplísima libertad de contratación consagrada en el artículo 51 del Código de Comercio y 1255 del Código Civil, convengan las partes y, en su defecto, analógicamente, por lo dispuesto para la compraventa mercantil.¹²

En el Ecuador y en la misma línea, como consecuencia de la atipicidad contractual, deberá estarse a lo establecido por las partes en el contrato en virtud de la libertad contractual y de las normas generales de contratación que consagran el código civil y el código de comercio.

El objeto principal del contrato de distribución es colocar en el mercado el bien o servicio que produce el proveedor, por ello José Cano lo define como aquellos contratos donde el objeto es la creación de redes comerciales propias o ajenas para la colocación de los productos o bienes en el mercado.¹³

El Tribunal Supremo español ha determinado que el contrato de distribución tiene por objeto colocar en el mercado los bienes y servicios pero que el distribuidor juega con la diferencia entre el precio de coste y el de transferencia para obtener beneficios¹⁴. De esto, se entiende que el proveedor vende su producto a un tercero distribuidor para que éste se encargue de la comercialización a cambio de un beneficio que puede ser obtenido de la renta de la compraventa entre el distribuidor y el cliente final.

De acuerdo a Guido y Chavarría el contrato de distribución se define como aquel en el que el fabricante del producto se obliga a suministrar el mismo, al distribuidor quien adquiere la propiedad de los bienes para proceder a la venta de dichos bienes por medio de su propia organización, en una zona determinada y recibiendo a cambio una diferencia económica (renta) entre el precio de compra y el de venta.¹⁵

12 Siuraneta, David, "Contrato de Distribución", *Contratos más frecuentes en la empresa*, n.f.

13 Cano, José, *Manual práctico de contratación mercantil*. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p 734.

14 Tribunal Supremo. Sala 1ra. Sentencia de 2 diciembre de 1995.

15 Romero, Jorge. *Regulación jurídica contractual de la distribución comercial*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 129.

No obstante lo anterior, siguiendo a Giraldo Bustamante, las relaciones de distribución de bienes y servicios van mucho más allá de la simple compra y reventa del bien, ya que incluyen, entre otras muchas, y en función del grado de complejidad de la estructura o canal distributivo,¹⁶ actividades propias de la logística, transporte, gestión de stocks, servicio post-venta, aprovisionamiento de piezas de recambio y su correspondiente servicio, explotación y gestión de derechos de propiedad industrial, etcétera.¹⁷

3. Características del contrato

Más allá de las múltiples visiones desde las cuales se estudia el contrato de distribución¹⁸, debe quedar muy claro que, por lo general, constituyen contratos de distribución aquellos de duración, determinada o indeterminada, en los cuales el distribuidor adquiere en firme mercancías para su reventa en nombre y por cuenta propia, si bien comprometiéndose a defender los intereses del fabricante o mayorista (la marca), dentro de la disciplina de una red de distribución integrada, conforme lo aclara magistralmente el profesor valenciano Francisco Vicent Chuliá.¹⁹

Siguiendo nuevamente a Farina, el contrato de distribución es un contrato esencialmente consensual, que se centra en la utilidad o lucro, pues otorga al distribuidor el derecho de vender en un sector determinado, cuya ganancia consiste generalmente, en la diferencia contra el precio de compra y el de venta, denominada comisión o reventa. En todo caso, debe tenerse presente que se trata de un contrato no regulado donde el objeto de distribución tiene un precio de mercado establecido por el productor al cual debe atenerse el distribuidor.

Por último, cabe resaltar que este tipo de contrato, muy frecuentemente, se basa en el riesgo adquirido por el distribuidor, es decir, suscribe un contrato donde en su calidad de distribuidor corre un riesgo, ya que en caso de no pago por parte del cliente, se ve afectado solamente esta parte contractual, pues soporta todos los riesgos, así y

Diciembre, 2012., p. 97

16 Farina, en la misma línea de Márquez y Calderón, explica que para evitar confusiones resulta útil emplear la expresión “canales de comercialización por terceros” (en vez de distribución, en sentido genérico) para referirse a todo contrato entre una empresa productora o mayorista y otra empresa o persona física no ligada por un contrato laboral, que implica una relación estable, a menudo exclusiva, e importa el compromiso de colaborar para que determinados bienes o servicios se vendan en el mercado nacional e internacional, directamente al público consumidor o bien a otras empresas. No obstante, por razones prácticas, utiliza el término “distribuidor” en sentido genérico, para referirse tanto al concesionario como al distribuidor en sentido estricto o propio y al agente de comercio. Farina, Juan, *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 2005., p 470.

17 Giraldo Bustamante, Carlos Julio, *Algunas reflexiones*, p 81.

18 Los contratos de distribución se estudian principalmente desde tres ángulos: 1. Desde el Derecho de obligaciones y contratos, 2. Derecho de la competencia, en especial, los acuerdos de distribución y, 3. Derecho de la distribución comercial.

19 Vicent Chuliá, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 683.

una vez que la mercadería ha quedado a su disposición responde por el deterioro, la pérdida, la falta de pago de sus clientes, etc.

De lo visto, bien se pueden advertir caracteres contractuales necesarios y eventuales. Los primeros hacen alusión a aquellos rasgos que deben encontrarse necesariamente presentes en el contrato de distribución como el carácter personalísimo, la autonomía subjetiva y la permanencia. Los eventuales, por su parte, son características que pueden presentarse o no en el contrato sin que por ello se desnaturalice la figura, entre ellos constan la determinación del ámbito material y la exclusividad.²⁰

Conforme la doctrina y la práctica comercial el contrato de distribución debe además ser catalogado como bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, atípico, innominado, no formal, de duración, preponderantemente de cooperación y ordinariamente celebrado por adhesión.

Resulta muy importante entender las implicaciones de estos caracteres porque de estos se derivan varios elementos y obligaciones del contrato de distribución.

3.1 Carácter personalísimo o intuitu personae

El productor, concedente o distribuido toma en consideración la organización del distribuidor y su poder de penetración del producto u objeto del mercado. Es decir, la persona del distribuidor no es para nada indiferente, por cuanto su selección para desarrollar la comercialización en una zona determinada se vincula a ciertas cualidades o experiencia, como su capacidad de penetración comercial, de allí su relación con la exclusividad. Autores como Roque Caivano expresan que también resulta esencial la persona del distribuido, pues “el distribuidor tampoco pondrá en riesgo la confiabilidad de su propia empresa distribuyendo productos que no le merecen la confianza suficiente”.²¹

Es decir, se trata de un tipo de contratos personalistas que se construyen sobre la confianza mutua de los contratantes donde juega un papel preponderante las virtudes, capacidades, crédito y condiciones particulares, especialmente del distribuidor, aunque en algunos de ellos las condiciones del fabricante también son determinantes en actividades como la de la franquicia, o como sucede también en muchos casos en la concesión.²²

²⁰ Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, “Contrato de distribución”, pp. 18 a 22.

²¹ *Ibidem*, p. 18.

²² Giraldo Bustamante, Carlos Julio, *Algunas reflexiones*, p 83.

En definitiva, los contratos *intuitu personae* son aquellos en los cuales la calidad de la persona que se obliga resulta esencial. Por eso y como consecuencia, los contratos de esta naturaleza se extinguen una vez que la persona natural o jurídica del contrato deja de existir. La importancia de esta característica estriba en el hecho que el proveedor tiene en consideración al distribuidor y lo elige sobre la base de su posición en el mercado, de su capacidad para introducir el producto en el mercado, de su organización económica, técnica y comercial, por lo que se torna trascendental conocer quién es la persona que ejecuta el contrato, ya que no puede hacerlo o ejecutarlo cualquiera otra sino solo aquella con la que se pactó.

3.2. Autonomía Subjetiva

El distribuidor y el distribuido no presentan vínculos laborales ni societarios, aunque se advierte la existencia de un habitual predominio del distribuido o productor. No existe entre las partes contractuales una sociedad, ni una relación de control societario externo o interno, más allá de que el contrato pueda ser calificado como de estructura asociativa. El distribuidor resulta ser un empresario autónomo e independiente del distribuido, que realiza la actividad distributiva al beneficio económico derivado del margen de reventa. Tampoco existe representación del distribuido por el distribuidor, aunque aquel ejerce funciones de control respecto del distribuidor, pues no necesariamente el vínculo contractual es estrictamente paritario.²³ La distribución se entiende como un negocio empresario en el cual el distribuidor actúa en interés y en nombre propios, como un empresario independiente²⁴.

3.3. Permanencia o Estabilidad

Implica la idea que el contrato de distribución está estructurado para permanecer en el tiempo, conformando una relación estable entre distribuido y distribuidor, expresada esencialmente en el deber de provisión de productos que genera resultados o expectativas para las partes contratantes. En este sentido, la estabilidad se orienta a la obtención de una legítima expectativa de lucro para el distribuidor y una expectativa de estabilidad en la comercialización de sus productos para el distribuido, por ello se justifica la responsabilidad por ruptura intempestiva de la relación y el requerimiento o *interpellatio*²⁵. En muchos casos se advierte el hecho que el distribuidor ayuda a consolidar una clientela a favor del fabricante durante el tiempo de vigencia

23 Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, "Contrato de distribución", pp 19 y 20.

24 Echeverry, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico: Contratos. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 216.

25 Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, "Contrato de distribución", p 21. Revisar el artículo de Ortiz Herbener, Andrés, "Los Contratos de distribución: la terminación *ad nutum* y la correspondiente indemnización por clientela", en *Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, Edición 17, 2004.

del contrato.²⁶

Por ello, Etcheverry explica que la duración tiene un contenido netamente económico para las partes, pues afectan parcial o totalmente sus inversiones y la actividad de sus respectivas empresas a ese fin, en función del plazo de dicho contrato.²⁷ En tal virtud, la distribución es un “contrato de duración” que se caracteriza por la previsión de ejecución continuada, pues se demuestra que las partes tienen la plena convicción de que el desenvolvimiento del negocio requiere un apreciable lapso, ya que existen actividades estables y duraderas para cumplir la finalidad económica perseguida por ambas partes contratantes.

3.4. Determinación del ámbito material

Este contrato favorece la comercialización de los productos del distribuido en una zona geográfica determinada, ya sea nacional, ya sea internacional así como también se refiere a un mercado específico donde deben explicarse detalladamente los productos o servicios que el distribuidor se encargará de poner a la venta.

3.5. Exclusividad

Es una característica que depende de la voluntad de las partes contratantes, es decir, puede pactarse en favor del distribuidor en una zona determinada, aunque también bien se podría considerar que el distribuidor está facultado para comercializar otros bienes y servicios no competitivos, salvo pacto expreso en contrario. La exclusividad a favor del distribuidor importa que el distribuido no puede comercializar en forma directa o por intermedio de terceros los productos cuya comercialización le fue encargada al distribuidor en la zona que le fuera asignada, pues en caso de hacerlo desnaturalizaría el contrato y generaría pérdidas al distribuidor.²⁸

3.6. Bilateral

Es decir, presenta obligaciones recíprocas para distribuidor y distribuido. En otras palabras, permite el nacimiento de obligaciones para ambas partes, así para el fa-

²⁶ Los contratos de distribución pueden ser de tracto sucesivo o de ejecución inmediata. Los últimos son aquellos que tienen eficacia desde su celebración, se extinguen cuando se cumplen sus obligaciones y éstas solo se cumplen una sola vez. Por otra parte, los contratos de tracto sucesivo son aquellos en los que su ejecución es continuada, es decir, tienen obligaciones periódicas y estas no son exigibles todas al momento de su celebración. La importancia de esta característica en el contrato de distribución se debe a la forma en la que se procede ante el eventual incumplimiento de una de las partes. En los contratos de tracto sucesivo aplica la figura de la terminación.

²⁷ La distribución en todas sus formas necesita de cierto tiempo de duración, para que la empresa distribuidora o representante amortice su inversión, para que el negocio de la segunda empresa se desarrolle y de sus frutos. Etcheverry, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico*, p. 206.

²⁸ Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, “Contrato de distribución”, p. 22.

bricante, distribuido o productor la de transferir a título oneroso bienes y, para el distribuidor, a adquirirlos por un precio inferior al precio final en el mercado del consumidor final.²⁹ En el Derecho ecuatoriano se entiende por contrato bilateral aquel en el cual existen obligaciones para dos sujetos de derecho. Por su parte, el Código Civil indica que hay contrato bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.³⁰ Entonces, como ya se expresó, en el contrato de distribución existe una relación contractual bilateral debido a que ambas personas pactan una relación jurídica en la cual las dos comparten obligaciones.

3.7. Oneroso

Se parte de la idea que las ventajas que se procuran a una u otra de las partes son concedidas por una contraprestación a su cargo. En este sentido, se trata de una onerosidad compleja, pues tanto en la etapa de provisión de productos como en la de reventa, las prestaciones realizadas por el distribuidor (pago de precio de compra, transferencia de propiedad de productos) se realizan en virtud de una contraprestación (provisión de productos, cobro de precio de reventa), aunque en el segundo momento la contraprestación se encuentra a cargo de terceros o consumidores y no de la otra parte del contrato.³¹

El profesor Villalba es muy claro al decir que se trata de un contrato oneroso porque tanto el fabricante cuanto el distribuidor asumen un detrimento patrimonial en el cumplimiento de su prestación, que se encuentra compensado en la contraprestación.³²

Al respecto el artículo 1456 del Código Civil dispone que el contrato es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.³³ Así las cosas, el contrato de distribución se entiende un contrato oneroso debido a que existen gravámenes para ambas partes. Esto quiere decir, que ambas partes sufren una alteración en su patrimonio, en el caso del contrato que nos concierne el proveedor disminuye su inventario pero se compensa con el ingreso obtenido por ventas en su activo; por otra parte, el distribuidor incrementa su inventario a cambio del pago de un precio. Por lo que se cumple lo que establece la ley, ya que ambos gravan su patrimonio y obtienen un beneficio.

29 Villalba Paredes, Vladimir, Villalba Paredes, Vladimir, "El contrato de distribución, p 60.

30 Código Civil Ecuatoriano, 2005, artículo 1455.

31 árquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, "Contrato de distribución", p. 22.

32 Villalba Paredes, Vladimir, Villalba Paredes, Vladimir, "El contrato de distribución, p 61.

33 *Ibidem*. Artículo 1456.

3.8. Conmutativo³⁴

El contrato de distribución es conmutativo debido a que las prestaciones se miran como equivalentes, esto quiere decir que las partes conocen de los riesgos del contrato y de las obligaciones que pactan por lo que están de acuerdo a recibir una contraprestación a cambio de la prestación que deben ejecutar. En este sentido, las partes consideran que existe una equivalencia entre lo que dan y reciben en virtud del contrato³⁵.

En definitiva, las ventajas o desventajas (pérdidas) para las partes son previsibles, o sea, en el contrato se encuentran predeterminadas desde su perfeccionamiento.

3.9. Consensual

Por ser un contrato atípico es un contrato consensual que se perfecciona con el consentimiento. El contrato de distribución se entiende existente el momento en el que las voluntades de ambas partes acuerdan. La jurisprudencia ha determinado que por su característica de atípico no puede ser un contrato solemne.

[E]l contrato de distribución no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que al resultar un contrato atípico, no está sujeto, para su validez, a formalidades especiales”.³⁶

Por lo que, el presente contrato no necesita de ninguna formalidad ni solemnidad para que sea existente o válido sino que es de aquellos contratos que se perfeccionan por el consentimiento de las partes.³⁷La dificultad que presenta la informalidad del contrato de distribución es la de interpretar la voluntad de las partes y las obligaciones pactadas en dicho contrato.

3.10. Atípico o no regulado

Muchos contratos mercantiles son regularmente atípicos, ya que debido al dinamismo del comercio la Ley no puede regularlo todo y además por la necesidad siempre

³⁴ Coincido con Giraldo Bustamante en el sentido que la nota de conmutatividad de la relación no es de su esencia; por consiguiente, las partes podrían hacer de uno de estos contratos uno de tipo aleatorio.

³⁵ El artículo 1457 del Código Civil dispone que “el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.

³⁶ Sala Primera. Sentencia No. 104 del 16 de noviembre de 1994. Romero, Jorge. *Regulación jurídica contractual de la distribución comercial*. Revista de Ciencias Jurídicas No. 129. Diciembre, 2012.

³⁷ Villalba Paredes sostiene que la distribución es un contrato consensual porque, a falta de regulación expresa, el contrato se perfecciona con el simple acuerdo de las partes (libertad de forma). Empero, por una necesidad *ad-probationem*, el contrato suele reducirse a instrumento privado al menos.

volátil del mercado existen varios tipos de contratos atípicos o innominados en materia mercantil.

En este sentido, se entiende por contrato atípico aquel que no se encuentra regulado en la ley. Generalmente cuando los contratos son atípicos suelen estar desarrollados por la doctrina, la costumbre o la jurisprudencia. En nuestro país no existe legislación que establezca un régimen para el contrato de distribución y la jurisprudencia ha resuelto muy poco sobre este tema por lo que resulta importante definirlo mediante la doctrina y la jurisprudencia internacional. Además por ser atípico, este es un contrato en el que se ve mayor aplicación del principio de autonomía de la voluntad y las derivaciones de dicho principio como la libertad contractual y la libertad de configuración interna del contrato.

Sin embargo y por contrapartida, este contrato resulta socialmente típico, pues el tráfico negocial ha delineado sus elementos característicos, por ello Villalba Paredes reconoce que es un contrato no reconocido en nuestra legislación, aunque goza de tipología social.³⁸

3.11. Legalmente innominado

Como lo que ocurre en el caso ecuatoriano, el ordenamiento jurídico no le otorga una denominación o nombre, aunque en la práctica, gracias a la doctrina, la costumbre mercantil y la jurisprudencia se le denomina contrato de distribución. No obstante, Villalba Paredes considera que se trata de un contrato nominado y cita la ley especial belga.

3.12. No formal

Para Farina el contrato de distribución es un contrato consensual, en el cual impera la libertad de formas, pudiendo celebrarse, aunque la doctrina no es pacífica, incluso de manera verbal.

3.13. De colaboración o cooperación

Si bien supone actos de cambio entre los contratantes o partes como la provisión de productos, el aspecto central que se destaca es la colaboración empresaria o condominio empresaria realizada entre distribuidor y distribuido, tendiente a obtener la mayor rentabilidad posible derivada de la comercialización de productos a terceros.³⁹

³⁸ Villalba Paredes, Vladimir, "El contrato de distribución", p. 61. También ver: Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, "Contrato de distribución", p. 23.

³⁹ Márquez, José Fernando; Calderón Maximiliano, "Contrato de distribución", p. 24.

Farina señala que la noción de colaboración es amplia en el derecho moderno, y nace de la necesidad de descentralización y complementación que tiene una empresa productora de bienes o servicios, para colocar sus productos en uno o más mercados, función que asume la empresa colaboradora para lograr el fin que ha determinado el advenimiento del contrato.⁴⁰

Etcheverry, establece que la cooperación se vincula al acercamiento y difusión del producto a mercado, y lleva implícita la confianza mutua entre ambas empresas.

Por último, Farina establece que al ser un contrato de colaboración las obligaciones no pueden entenderse como obligaciones individuales, sino de manera integrada porque existe una integración de las partes en la cual hay un deber recíproco de buena fe y de colaborar la una con la otra.⁴¹

3.14. Ordinariamente celebrado por adhesión

En la línea de Giraldo Bustamante, de conformidad a como las partes acuerdan los extremos del contrato, o en otras palabras a su negociación, los contratos de distribución pueden ser negociados o de adhesión. Para Márquez y Calderón habitualmente el distribuido, fabricante, productor o dueño de la marca predetermina el contenido del acuerdo y prefija las obligaciones de las partes, en especial cuanto más integrada es la red de distribución con que cuenta el fabricante.

3.15. Contratos marco

Es decir, los fabricantes pueden satisfacer sus necesidades mediante uno o varios contratos de distribución (agencia mercantil, concesión mercantil, franquicia) o de una combinación de ellos.⁴²

4. Énfasis en elementos principales

De la revisión de las características expuestas bien se puede inferir la existencia de elementos principales que permiten determinar con facilidad que se trata de un contrato de distribución.

En primer lugar, en un contrato de distribución concurren dos partes: un distribuidor y un proveedor. El distribuidor es aquella persona que se compromete, principalmente, a colocar el producto o servicio en un mercado determinado. Por otra parte, el

⁴⁰ Farina, Juan, *Contratos comerciales*, p 471.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Al decir de Etcheverry los contratos de distribución modelo son: a) Distribución mayorista, b) Agencia, c) Concesión y d) *Franchising*.

proveedor es el fabricante del producto o servicio que se obliga a suministrar el bien objeto del contrato para que éste pueda ser direccionado a los consumidores finales.

Otro elemento principal es la intención de las partes, pues se necesita la voluntad del productor de proveer a un tercero su bien para que éste lo coloque en el mercado y haga llegar el mismo al consumidor final. Por el otro lado, el distribuidor se compromete a colocar en el mercado dicho bien a cambio de una renta. "El concesionario debe realizar la actividad en nombre y por cuenta propia, lo cual implica, no ya en su relación con el concedente, sino en la proyección externa de su actividad, el deber de actuar en su propio nombre en las operaciones de reventa que efectúe con los terceros".⁴³

Un tercer elemento principal del contrato de distribución, es la independencia entre las dos empresas. Este elemento quiere decir que el distribuidor vende el producto o servicio a nombre propio y a su propio riesgo. Que el distribuidor asuma el riesgo de la venta del producto significa que si el cliente no cumple esto solamente afecta a la empresa distribuidora, mas no al productor del bien o servicio debido a que la obligación de pago por los bienes por parte del distribuidor al proveedor subsiste. Es importante aclarar que no existe representación en el contrato de distribución.

Por la naturaleza atípica del contrato, las partes pueden pactar todo aquello que no atente contra el orden público y en derredor al principio de la libertad contractual, como ya se advirtió ut supra, el contrato de distribución puede ser o no exclusivo.

De acuerdo a Farina, existen ciertos elementos que son comunes en los contratos de distribución, a saber: exclusividad de zona, exigencia de una venta mínima, entrega de la mercadería al distribuidor con un descuento, fecha de pago de las facturas, lugar y forma de entrega de la mercadería y de acopio, precios mínimos de venta, estipulaciones sobre publicidad y acuerdos de no competencia.⁴⁴

5. Obligaciones

Para complementar todo lo dicho no se puede dejar de considerar algunas obligaciones que adquieren las partes que suscriben los contratos de distribución.

Debido a su carácter bilateral en el contrato de distribución surgen obligaciones para ambas partes. En el caso del proveedor, la obligación principal es la de entregar el producto al distribuidor de manera periódica en los términos acordados. La doctrina

⁴³ Ortega, Alfonso. *EL contrato de concesión o distribución comercial internacional*. vLex International. Num. 4. Enero, 2009.

⁴⁴ Farina, Juan. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 492.

establece que dentro del contrato de distribución se inserta un contrato de suministro debido a que el fabricante se obliga a distribuir sus productos en una zona determinada a través del distribuidor.⁴⁵

De esta obligación se deriva también la de entregar el bien en la cantidad y calidad acordada en el contrato. Así mismo, el proveedor deberá informar y suministrar al distribuidor todos los materiales y elementos necesarios para que éste pueda realizar su actividad de venta al público.

Otra obligación del proveedor del bien, es la de no realizar actos de distribución de su producto dentro de la zona determinada que se concedió al distribuidor.

Además, la obligación principal del distribuidor es aquella de pagar el precio en la forma, lugar y tiempo debidos, esta obligación se cumple de manera periódica al igual que la entrega de los bienes por parte del proveedor. De igual manera, el distribuidor se obliga a vender dichos productos en una zona determinada y con una cantidad mínima de ventas establecida.

También es obligación del distribuidor aquella de permitir una fiscalización por parte del proveedor de la calidad del producto comercializado.

6. Extinción del contrato de distribución

El contrato de distribución puede extinguirse de varias formas, a saber: Consumación del contrato, vencimiento del plazo, imposibilidad de cumplimiento, acuerdo de las partes, resolución por incumplimiento y terminación unilateral.

La primera forma de extinción es aquella que no es contenciosa, es decir, el contrato termina porque se han cumplido en el tiempo y en forma debida las obligaciones previstas por las partes.

Otra forma de extinción del contrato es el vencimiento del plazo o el acontecimiento de la condición resolutoria, por lo que el contrato termina por causas objetivas. En cuanto al plazo vencido del contrato, si es que no existe estipulación de que el contrato termina, se puede extender si las partes, de hecho, continúan con la ejecución periódica de sus obligaciones.⁴⁶

La jurisprudencia española ha determinado que se puede admitir como justa causa de incumplimiento la existencia de una situación patrimonial de crisis o quiebra téc-

⁴⁵ Farina, Juan. *Contratos comerciales modernos*. Op. Cit., p. 491.

⁴⁶ Marzorati, Oswaldo. *Contratos de distribución*. Buenos Aires, Heliasta, 2010.

nica, otra causa puede ser la desestructuración de la empresa por lo que se pierde la calidad personalísima del contrato.

Se ha admitido como justa causa de desistimiento la situación patrimonial de crisis y quiebra técnica de las partes.

También se admite como justa causa de desistimiento la desestructuración de la empresa por muerte de socio fundador y administrador único, con la consiguiente pérdida de confianza en un contrato intuitu personae como es el de distribución⁴⁷

En cuanto a la resolución por incumplimiento de las partes procede debido a que en todo contrato bilateral va inserta la condición resolutoria tácita. Por lo que cuando existe un incumplimiento declarado por un juez, puede determinar la resolución del contrato. En este sentido, en el caso de *Gironella Henrich v. Cooperativa I Caixa de Montbrio del Camp* el juez determinó que por el incumplimiento de la cláusula de exclusividad la demandada debería pagar una indemnización. La sentencia establece lo siguiente:

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda: declaró que Montbrio había incumplido el contrato de distribución por infracción del pacto de exclusividad y, consiguientemente, declaró la resolución del contrato de distribución. Además, condenó a la demandada a pagar a la actora la suma de 506.040,80 euros como indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con su incumplimiento.

La sentencia fue recurrida en apelación por la demandada. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso. En primer lugar confirmó que la demandada había incumplido el pacto de exclusividad y que este incumplimiento justificaba la resolución del contrato de distribución.⁴⁸

En cuanto a la terminación unilateral, la doctrina y la jurisprudencia española han expresado de manera mayoritaria que no es necesario justificar la terminación cuando el contrato ha sido a plazo indefinido. Por lo que se entiende que esta forma de terminación del contrato solo procede cuando el contrato no tiene un plazo. Así, la jurisprudencia se pronuncia por determinar que las cláusulas de un contrato de distribución que establezcan la posibilidad de terminar unilateralmente no son abusivas ni contrarias al orden público.

⁴⁷ Cordero, Encarna. *La extinción y resolución del contrato de distribución en la jurisprudencia* Newsletter Pérez-Llorca, Núm. Enero-Marzo 2012.

⁴⁸ Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1a. *Gironella Henrich, S.L. v Cooperativa i Caixa Agraria de Montbrio del Camp*. Sentencia num. 615/2012 de 23 octubre

(..) la jurisprudencia de esta Sala sobre el contrato de distribución hasta esa fecha, y la posterior de 26 de abril del mismo año (recurso núm. 1892/99), que ratifica su criterio de decisión, no consideran abusiva ni contraria a las leyes, a la moral, al orden público ni al art. 1256 CC las cláusulas de los contratos de distribución que permitan su extinción por denuncia unilateral del cualquiera de las partes cumpliendo el plazo de preaviso estipulado.⁴⁹

Por último, el Derecho no admite las extinciones absolutamente arbitrarias producto de una decisión unilateral e infundada del principal o distribuido que simplemente se arrogue el derecho de poner fin al contrato con plazo determinado por su “mero arbitrario”, ya que las causales anunciadas para ser válidas deben aparecer de forma expresa descritas en una norma jurídica o en las cláusulas contractuales.

En definitiva, no es posible que la parte principal, productor o distribuidor, después de beneficiarse de un contrato que satisfizo sus intereses, decida sin razón o causal alguna – sine causa legibus et contractibus cognita- dar por terminado un contrato y esperar que no cause menoscabo o detrimento a los derechos y a los intereses del distribuidor o lo que es peor que no exista sanción alguna ante semejante conducta. Este tema ha sido resuelto por la jurisprudencia ecuatoriana que analiza la indemnización por daños y perjuicios causados por incumplimiento de un contrato de distribución.⁵⁰

7. Análisis del Proyecto de Código de Comercio

La *lege ferenda* incorpora los sistemas de distribución que, en general, comprenden todos los contratos celebrados entre fabricantes, proveedores, mayoristas o importadores, y terceros a quienes se les encomienda comercializar en una determinada zona geográfica los productos o servicios de propiedad de los primeros.

De la lectura del artículo 547 del Proyecto se advierte la tipología contractual que conforma los sistemas de distribución y en este sentido se explica que los contratos comprendidos dentro del sistema de distribución de productos o servicios, consisten generalmente en la distribución o concesión, propiamente dicha, cuyas disposiciones comunes se aplican, salvo estipulación especial, a todos los contratos contemplados dentro del título séptimo (distribución o concesión mercantil, franchising y contrato de uso del conocimiento o de know-how).

⁴⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1a). Sentencia num. 652/2008 de 9 julio.

⁵⁰ Visto el incumplimiento contractual, al haber iniciado la distribución directa de los licores importados pese a la vigencia en que se encontraba el contrato, y la terminación unilateral del mismo por parte de ALPACIFIC, se genera el derecho alegado por LIPACSA de reclamar a su contraparte daños y perjuicios. Resolución 60-2008, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil publicada en el Registro Oficial 43 de 8 de octubre de 2009.

El capítulo segundo del título séptimo del Proyecto in comento desarrolla el sistema jurídico aplicable al contrato de distribución, así el artículo 548 lo define de la siguiente manera:

Art. 548.- Contrato de distribución de mercaderías es uno por el cual una parte, llamada concedente o principal, confiere a otra llamada, concesionario o distribuidor, la posibilidad de vender los productos que aquella fábrica o que, a su vez, distribuye con capacidad de delegar la distribución a terceros, así como prestar servicios, o una combinación de ambos, de manera continuada o estable, actuando como empresario independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones.

De su simple lectura se puede evidenciar que el Proyecto reconoce varios elementos para que se perfeccione el contrato de distribución, entre ellos, se encuentran las partes intervinientes: proveedor del bien o servicio y el distribuidor, el carácter de ejecución del contrato y por último la asunción del riesgo de la comercialización. En cuanto a la forma de ejecución del contrato se puede colegir que es uno de tracto sucesivo por lo que de esta característica dependen ciertas otras como la forma de terminación del contrato.

Uno de los elementos más importantes del contrato de distribución es que el distribuidor actúa de manera independiente y asume el riesgo de las operaciones comerciales que incurre éste con los clientes finales del producto o servicio que se encuentra comercializando o distribuyendo. Además, el Proyecto establece que entre el proveedor y distribuidos existe total independencia económica como autonomía jurídica.

El código Civil establece que los negocios jurídicos tienen tres tipos de elementos, entre ellos, los denominados accidentales. A su vez, el artículo 549 del Proyecto reconoce como elementos accidentales, es decir, aquellos que las partes pueden modificar o incluir en el contrato, a las cláusulas respecto al territorio, exclusividad, volúmenes y periodicidad en las compras entre las partes, la forma de remuneración, entre otras.

En el artículo 554 del Proyecto, se establece la forma y cláusulas que debería tener un contrato de distribución. Para mayor entendimiento se cita la norma de la propuesta:

Art. 554.- Los contratos de distribución se celebrarán por escrito y en ellos las partes deberán indicar con claridad el alcance del ejercicio de la distribución, así como los derechos complementarios que ésta conlleve. Deberán, en este caso, señalar:

1. Identificación precisa de las partes, nombres y apellidos, cédulas de identidad y domicilio de los intervinientes; así como una clara determinación de la calidad que ostentan y con la que concurren a la firma del contrato, es decir, identificando si obran por sus propios derechos o por lo que representan de un tercero.
2. Describir el contenido y características del negocio objeto de distribución comercial.
3. Duración del contrato así como las condiciones de renovación y modificación del mismo.
4. Formas de remuneración para el proveedor y ventajas económicas para el distribuidor. Causas y efectos de la extinción del contrato incluyendo los casos y la forma en que, cualquiera o ambas partes, lo podrán dar por terminado.

La falta de alguno de estos requisitos hará presumir la existencia de un contrato de distribución, el cual se interpretará de acuerdo con los usos, procedimientos, y costumbres que las partes hayan venido empleando en sus relaciones. Cuando la formalización escrita no se hubiese llevado a cabo por causa a una de las partes, corresponderá a ésta la carga de probar la existencia de las condiciones contractuales que se separen de lo dispuesto en esta Ley.

Al parecer dichos requisitos no son necesarios para la existencia del negocio jurídico en sí, sino que el legislador ha provisto de una lista ejemplificativa de elementos mínimos que deberá contener un contrato de distribución lo cuales si no se encuentran pactados se interpretarán de acuerdo a la costumbre del comercio como ya lo establece el Código de Comercio vigente.

Además, como se mencionó anteriormente, el Proyecto establece ciertas cláusulas que se podrían incluir dentro de un contrato de distribución, entre ellas, el territorio donde se llevará a cabo la distribución, la facultad de delegar o no la distribución a terceros, lo relativo a la propiedad intelectual y la exclusividad o no de la distribución. Todos estos elementos, deben analizarse en conjunto con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado por lo que más adelante se analizarán brevemente las consideraciones pertinentes en esta Ley sobre el contrato de distribución. Por otra parte, se contempla que la falta de remuneración o señalamiento de ella en el contrato conlleva la terminación del mismo. Por ello, el artículo 566 se podría interpretar en el sentido que existe una terminación que se perfecciona por el solo ministerio de la Ley, aspecto que podría generar una inconsistencia debido a que

significa una terminación ipso iure. A pesar de esto, se contempla la obligación de pago si es que el distribuidor ha vendido algún producto del proveedor.

Conforme a la doctrina y jurisprudencia internacional, el Proyecto de Código de Comercio contempla la terminación unilateral, así el artículo 571 se refiere a los casos en los cuales el contrato de distribución es a tiempo indefinido donde la ley establece un aviso de 90 días de anticipación para que pueda operar la terminación unilateral.

De la misma forma cuando el contrato sea a tiempo fijo se extinguirá por el cumplimiento de lo pactado y se transformará en uno de duración indefinida si las partes continúan cumpliendo sus obligaciones, por lo que el artículo 572 también concuerda con lo que establece la doctrina. Otra forma de terminación procede de manera unilateral y sin preaviso cuando existe incumplimiento total o parcial de alguna de las partes, así cuando hubieren pasado quince días desde el incumplimiento, el contrato podrá ser resuelto y se tendrá derecho a indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 577 establece que el distribuidor tendrá derecho a una indemnización cuando concurren una de las siguientes circunstancias:

1. Que por la naturaleza del contrato y por la actividad del distribuidor se hayan incrementado sustancialmente el tipo de operaciones o el número de clientes y que el distribuidor acredite que la clientela seguirá produciendo ventajas sustanciales al proveedor tras la ruptura del contrato.
2. Que se haya establecido un pacto por el cual el distribuidor, una vez extinguido el contrato no pueda hacer competencia al proveedor o al nuevo distribuidor. La duración del pacto de no competencia no podrá exceder un año. Este pacto se tendrá en cuenta exclusivamente a los efectos de la determinación de la indemnización por cliente, sin que tenga la consideración de regulación general sobre los pactos de competencia.

El proyecto da derecho de indemnización al distribuidor por clientela adquirida cuando concurren las circunstancias anteriores, dicha indemnización se encuentra limitada por el artículo 578. En conclusión, el Proyecto de Código de Comercio procede a eliminar una de las características principales al contrato de distribución, esto es, su carácter de atípico, lo que permitía a los acuerdos de distribución y comercialización de bienes y servicios ser siempre más dinámicos y adaptarse a las necesidades del mercado. En consecuencia, si el Proyecto de Código de Comercio llegara a ser aprobado el contrato de distribución se convertirá en un contrato típico regulado, de

manera estricta, por la Ley, aunque dejando un cierto resquicio a la voluntad de las partes.

8. Análisis del contrato de distribución a la luz de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

Debido a que el contrato de distribución puede generar efectos en el mercado directamente, el Derecho de Competencia ecuatoriano se ha encargado de regular sobre el tema. En este sentido, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder Mercado establece que los acuerdos que restrinjan, limiten, repartan, paraliquen o controlen de manera concertada la distribución son acuerdos prohibidos bajo esta Ley debido a que violan el bien jurídico protegido del derecho de la competencia el cual es la libre competencia y la eficiencia del mercado.

Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:

2. Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.⁵¹

Debido a que los contratos de distribución pueden ser considerados prácticas anti-competitivas, la Ley ha establecido condiciones que deben concurrir para que estén exentos de la prohibición del artículo anterior.

Art. 12.- Exenciones a la prohibición.- Están exentos de la prohibición contenida en el artículo anterior los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria autorización previa, siempre y cuando se cumplan todas las siguientes condiciones:

- a. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;
- b. No impongan restricciones que no sean indispen-

⁵¹ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (2011)

sables para la consecución de aquellos objetivos; y, c. No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.⁵²

Es importante tomar en cuenta, lo establecido en el artículo precedente al momento de redactar un contrato de distribución debido a que puede ser susceptible de ser determinado como una práctica anticompetitiva por el órgano de control, la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado.

9. Conclusión

En la actualidad el contrato de distribución no se encuentra regulado por lo que continúa siendo un contrato atípico. Además, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina han determinado ciertos lineamientos y requisitos generales para que exista un contrato de distribución. Debido a que no se encuentra regulado por ley en este tipo de contratos prima la autonomía de la voluntad de las partes y se deberá estar a ello siempre que se interprete un acuerdo de esta naturaleza. Resulta importante recalcar que el Proyecto de Código de Comercio establece un régimen legal para el contrato de distribución, pero al ser tan delimitado bien podría provocar que este contrato pierda la flexibilidad y el dinamismo necesario impuestos por el mercado y el derecho mercantil, por lo que a pesar de que aparentemente brinda cierta claridad para resolver controversias, no es tampoco lejana la posibilidad de que pueda anquilosarse o estancarse conforme evoluciona el derecho comercial.

En este mismo sentido, se advierte en Colombia el hecho que no resulta necesario o justificado tipificar los contratos de distribución como el de concesión como tampoco debe su evolución estar marcada por su legalización, ya que por una parte los elementos de estos contratos han sido marcados al ritmo de la evolución del comercio, han sido determinados, por la práctica comercial, por las necesidades del comercio; siguiendo la centenaria tradición del derecho comercial, los comerciantes han creado y lo siguen haciendo, los instrumentos jurídicos que les permitan desarrollar su actividad, y, además, su formalización muy probablemente haría que se quedaran rezagados frente a un mundo económico en permanente cambio. Entonces, uno de los riesgos que tienen los contratos de distribución es precisamente su “formalización” o “legalización”, pues como en Colombia podrían gestar costosas experiencias. Por ello, el Estado seguirá protegiendo al mercado con normas de orden público que le eviten distorsiones o abusos, pero no legislando los contratos de distribución⁵³.

⁵² *Ibidem*. Artículo 12.

⁵³ Giraldo Bustamante, Carlos Julio, *Algunas reflexiones sobre los contratos de distribución, en especial sobre los contratos de*

Bibliografía

- Cano, José, Manual práctico de contratación mercantil, Madrid, Editorial Tecnos, 2010.
- Cevallos Vásquez, Víctor, Manual de Derecho Mercantil, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1995.
- Cordero, Encarna, "La extinción del contrato de distribución en la jurisprudencia", Newsletter Pérez-Llorca, Núm. Enero – Marzo, 2012.
- Esplugues Mota, Carlos et al. Derecho del Comercio Internacional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011
- Etcheverry, Raúl, Derecho comercial y económico, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- Farina, Juan, Contratos comerciales modernos, Buenos Aires: Astrea, 2005.
- Giraldo Bustamante, Carlos Julio, "Algunas reflexiones sobre los contratos de distribución, en especial sobre los contratos de concesión y agencia mercantil", en Modernización de las Obligaciones y los Contratos, seis estudios, Universidad de los Andes, Bogotá, 2015.
- Girard, Lucas, "Responsabilidad del concedente de contratos de distribución por invasiones producidas en zonas otorgadas en exclusividad", n.f.
- Guerrero, Diana, La facultad de modificación unilateral en los contratos de distribución de acuerdo con la jurisprudencia arbitral, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- Hispajuris, Causas de resolución del contrato de distribución y agencia e indemnizaciones, Marzo, 2010.
- Márquez, José Fernando; Maximiliano, Calderón, Contrato de distribución, en Contratos de distribución, Heliasta, Buenos Aires, 2010.
- Marzorati, Oswaldo, Contratos de distribución, Buenos Aires, Heliaste, 2010.
- Ortega, Alfonso, "El contrato de concesión o distribución comercial internacional", Lex International- Num 4, Enero 2009.
- Ortiz Herbener, Andrés, "Los Contratos de distribución: la terminación ad nutum y la correspondiente indemnización por clientela", en Revista Jurídica, Facultad

de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Edición 17, 2004.

Palau y Jímenez. Distribución Comercial, <http://pjabogados.com.ar/notas/el-contrato-de-distribucion.pdf> (acceso: 1/2/2016)

Perez, Encarnación; Trigo, Eduardo, "La última posición de la jurisprudencia sobre la indemnización por clientela en los contratos de distribución", Actualidad Jurídica, Uría Menéndez, 2008.

Perrota Salvador; Juan Carlos, Couso, "Contratos de Empresa", II Jornadas Rioplatenses de Derecho, s.f.

Rodríguez, Nuri et. al., Contratos de Distribución. <http://www.derechocomercial.edu.uy/ContratosDistribGeneral.htm>, (acceso: 29/01/2016)

Romero, Jorge, "Regulación jurídica contractual de la distribución comercial", Revista de Ciencias Jurídicas No. 129. Diciembre, 2012.

Siuraneta, David, "Contrato de Distribución", Contratos más frecuentes en la empresa, n.f.

Vicent Chuliá, Francisco, Introducción al Derecho Mercantil, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

Villalba Paredes, Vladimir, "El contrato de distribución en Contratos mercantiles y bancarios más usuales en los procesos de globalización", Texto-Guía, Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 2007.

Legislación y sentencias

Asamblea Nacional del Ecuador, Proyecto de Código de Comercio, Presentado en 2015.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina, Caso No. AJG2 del 24 de Octubre de 2006.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Argentina, Caso Casa Baekte Secpa C v. Posadas Refrescos S.A. 23 de diciembre 1992.

Código Civil Ecuatoriano, 2005.

Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Resolu-

ción 60-2008, Registro Oficial 43 de 8 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2011.

Tribunal Supremo Sala de lo Civil de España, Sección 1a. Gironella Henrich, S.L. v Cooperativa i Caixa Agraria de Montbrió del Camp. Sentencia num. 615/2012 de 23 octubre

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sección 1a). Sentencia num. 652/2008 de 9 julio

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. Sentencia No. 651-2008. [asp?id=708A5BB019AF1186D56C118C066D28AD807F1942&type=RO&pagenum=1](http://www.silec.com.ec/asp?id=708A5BB019AF1186D56C118C066D28AD807F1942&type=RO&pagenum=1) (acceso: 12/03/2016)

Código del Trabajo Ecuatoriano (Registro oficial Suplemento 167, publicado el 16 de diciembre de 2015) Disponible en: http://www.silec.com.ec/Webtools/Lexis-Finder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=LABORAL-CODIGO_DEL_TRABAJO&query=CODIGO%20TRABAJO (acceso: 14/02/2016)