

Al Señor Doctor
Hernán Salgado Pesantez
Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador
En su despacho

De mi mayor consideración:

Mi nombre es Nicolás Marcelo Perrone y me presento al tribunal a fin de acercarme a este escrito concerniente a la controversia respecto de la interpretación del artículo 422 de la Constitución del Ecuador.

Trabajo en el ámbito del derecho internacional de inversiones desde 2009, cuando inicié mi doctorado en la London School of Economics and Political Science. Entre otros, me he desempeñado como Legal Fellow de la Conferencia Internacional sobre Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas, consultor de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, y faculty del Institute for Global Law and Policy (Harvard Law School). También he dictado clases sobre la materia en el Reino Unido, Italia, China y varios países de América Latina. Soy autor del recientemente publicado *Investment Treaties and the Legal Imagination* (Oxford University Press 2021).

Con este breve escrito busco ilustrar al tribunal sobre razones por las que el constituyente de 2008 decidió que el Estado Ecuatoriano no ceda su jurisdicción soberana vía tratado u otro instrumento internacional en materia de inversiones extranjeras. Me referiré primero al funcionamiento y efecto de los tratados de protección de inversiones (A), luego explicaré las implicancias para los derechos humanos y otros derechos de terceros (B), y por último daré un ejemplo que atañe directamente al Ecuador.

Me limitaré a estos puntos, sin entrar a discutir directamente la interpretación del artículo 422 de la Constitución del Ecuador, materia en la cual defiero al conocimiento de este honorable tribunal.

A. Funcionamiento de los tratados de inversiones

El funcionamiento de los tratados de protección de inversiones hace que los inversores extranjeros no se sometan a los principios jurídicos aceptados por todos los sistemas legales a nivel nacional e internacional. Si yo viajo al Ecuador, o solicito radicarme en el Ecuador, al hacerlo acepto ser gobernado por las leyes territoriales de ese país, quedando sometido a su jurisdicción. Lo mismo ocurre en los más de 190 países que integran las Naciones Unidas.

No es así en el ámbito de los tratados de protección de inversiones. La ventaja de estos tratados, para los inversionistas, es que permite romper este principio básico de derecho doméstico e internacional. Este resultado es posible por dos rupturas que producen estos tratados. Por un lado, obligan a los Estados firmantes a actuar frente a los inversores de acuerdo con los estándares de protección contenidos en esos tratados; estos estándares son vagos, por ejemplo dar un trato justo y equitativo, y pueden por tanto interpretarse de muchas

maneras. Por otro lado, los tratados de protección de inversiones permiten a los inversores extranjeros acudir directamente, y sin agotar la instancia doméstica, al arbitraje inversor-Estado.

El derecho de individuos a demandar directamente a Estados en el ámbito internacional es un privilegio concedido en pocas ocasiones. Es aceptado en el sistema Europeo de Derechos Humanos pero no así en el sistema Inter-Americano, donde las demandas de individuos deben pasar por el filtro de la Comisión antes de poder ser recibidas por la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos. En materia económica, la regla general es que las disputas son entre los Estados, como es en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio o los tratados de libre comercio (salvo la materia inversiones). Excepcionalmente, la gran mayoría de los tratados de inversiones (o capítulos en tratados de libre comercio) permiten a actores privados demandar a los Estados en el ámbito económico.

A este derecho excepcional se le suma que los inversores extranjeros protegidos por un tratado de inversiones no tienen que agotar la instancia doméstica para iniciar un arbitraje de inversiones, lo que es un privilegio único en el mundo: Ningún sistema internacional de derechos humanos lo otorga.

Este privilegio es fundamental para la finalidad que tienen los tratados de protección de inversiones.¹ Si estos tratados buscaran evitar que la administración, el congreso o las cortes nacionales traten a los extranjeros de manera arbitraria abusiva, lo que nunca puede descartarse del todo lamentablemente, el requisito de agotar la instancia sería fundamental. Sería necesario tener presente lo que las instituciones domésticas puedan resolver sobre este posible maltrato. Sin embargo, si el objetivo de los tratados es reinterpretar los derechos de los inversores extranjeros de manera que se vean fortalecidos frente a los derechos del Estado y de terceros afectados por la inversión, no solo no hace sentido agotar la instancia, sino que ello sería problemático ya que los árbitros internacionales deberían justificar por qué no siguen la interpretación dada por las cortes nacionales.

El objetivo de estos tratados, en una palabra, es elevar los derechos de los inversores al nivel internacional, *ab initio*, de manera que se vean fortalecidos frente a los derechos de los Estados y de terceros. No se trata solamente de poner a inversores extranjeros y Estados al mismo nivel en lo que hace a la solución de una controversia surgida de un contrato, sino de generar una dislocación del ordenamiento jurídico donde ciertos derechos que en principio forman parte de ese ordenamiento – los derechos de los inversores extranjeros – son ahora interpretados por tribunales internacionales.

Como el límite de un derecho es el comienzo del otro, como ya enseñaba Ihering, la interpretación que hagan los árbitros internacionales de los derechos de los inversores extranjeros afecta directamente el poder soberano del Estado para

¹ Perrone, Nicolás M., *Investment Treaties and the Legal Imagination: How foreign investors play by their own rules* (Oxford University Press 2021) 41-4.

governar al economía y el de terceros que ven como el Estado desiste de proteger sus derechos, ya que eso violentaría los derechos de los inversores conforme los tratados internacionales.

Para ilustrar esta operación compleja, donde se cruzan derecho nacional y derecho internacional, derecho público y derecho privado, quisiera recalcar un punto y dar un ejemplo. El punto que quiero recalcar es que los derechos son siempre indeterminados y requieren interpretación, por más que diga un tribunal internacional que va a aplicar derecho doméstico, la pregunta es cómo lo va a interpretar en el caso concreto. Cabe preguntarse si no correspondería que esa interpretación la hicieran los jueces nacionales, que son expertos en esa materia, y los tribunales arbitrales se atuvieran a ella salvo que fuese manifiestamente arbitraria. Claro que, para esto, los inversores extranjeros deberían agotar la instancia.

En este sentido, el ejemplo que quiero brindar al tribunal es la protección de lo que los tribunales de arbitraje llaman las expectativas legítimas de los inversores. Según los tribunales de arbitraje, los Estados deben actuar frente a los inversores respetando las representaciones que les haya hecho al momento de invertir. Estas representaciones puede no surgir de una ley o un decreto, sino simplemente de la declaración de un funcionario, incluso incompetente en la materia, que haya sido tenida en cuenta por el inversor al momento de hacer su inversión. Esto vulnera el principio *ultra vires*, puede afectar la división de competencias en un país, y en la práctica significa reconocer derechos a nivel internacional que el derecho doméstico puede no reconocer.²

B. Tratados de inversiones y Derechos Humanos

Como el tribunal sabe acabadamente, la tensión entre distintos derechos es un hecho que no puede evitarse. El derecho es un mecanismo para resolver conflictos, choques normativos. El sistema de Derechos Humanos, entre otros el Inter-Americano, reconoce por tanto un largo catálogo de derechos que eventualmente deben ser balanceados o ponderados entre sí. Los sujetos tienen derechos, pero estos derechos están en tensión con los de otros sujetos, y estos no pueden dejarse de lado.

El problema que generan en este esquema los tratados de protección de inversiones es doble. Por un lado, ponen a los derechos de los inversores extranjeros por encima del resto de los derechos. Esto porque el remedio es más rápido y expedito al no tener que agotar la instancia local, y porque los inversores extranjeros se benefician de tribunales especializados en inversiones que no tienen a la vista, según el texto de muchos tratados, otros derechos y las obligaciones de los inversores extranjeros.

² Perrone, Nicolás M., "The Emerging Global Right to Investment: Understanding the reasoning behind foreign investor rights," 8.4 *Journal of International Dispute Settlement* (2017) 673-694; Perrone, Nicolás M., "The international investment regime and local populations: are the weakest voices unheard?," 7:3 *Transnational Legal Theory* (2016) 383-405.

Esto quiere decir que un tribunal de inversiones decide casos sin tener en cuenta los derechos de terceros según el derecho privado y la constitución de ese país, y otros derechos internacionales aplicables. En casos de inversiones extractivas y de infraestructura, esto pone a las comunidades locales y pueblos originarios en una situación muy grave, y los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por desproteger sus derechos. Además, derechos humanos, como el derecho al agua, quedan en un segundo plano.

Esto también quiere decir que los tribunales de inversión no toman en cuenta las obligaciones de los inversores extranjeros como lo haría un tribunal nacional. Esto porque los tratados de inversiones solo internacionalizan derechos, pero no sus obligaciones. Esta ruptura de la simetría del ordenamiento jurídico, como el tribunal entenderá, tiene efectos negativos para el Estado y los terceros que son sujetos pasivos de esas obligaciones, las que pueden verse debilitadas de manera importante.

C. El caso *Occidental v. Ecuador 2*

Este caso de arbitraje de inversiones es bien conocido en el Ecuador, el Estado fue condenado a pagar una compensación, así que mis consideraciones serán breves. Como dije al principio, y como una persona no experta en Derecho Ecuatoriano, muy respetuosamente me he limitado a brindar mi opinión sobre los tratados de inversiones y el arbitraje inversor-Estado, temas sobre los que he trabajado desde hace muchos años. Esta deferencia hacia otro ordenamiento jurídico es común en el derecho comparado, y es practicada por tribunales internacionales, como la Corte Europea de Derechos Humanos cuando habla del margen de deferencia.

No ocurre lo mismo con los tribunales arbitrales de inversión. El caso *Occidental 2* es un ejemplo de esta falta de deferencia. Como saben, el Ecuador decidió dar por caducado un contrato siguiendo la legislación vigente en la materia y el contrato con el inversor. Legislación que puede ser mala o buena, pero es la que se dio el Ecuador para gobernar sus recursos naturales. Por otro lado, es razonable que un Estado sea celoso de esos recursos naturales, que son de todas y todos los ciudadanos, y que tenga mucho cuidado en que la integridad de la regulación en la materia no sea vulnerada.

Insisto, creo que es razonable que un Estado no quiera que exista alguien explotando sus recursos naturales, con lo importante que son, y sus autoridades no estén al tanto. No es impensable que quién viole esta norma tan básica sea sancionado duramente. Tengamos a la vista lo que ocurre en las disputas comerciales hoy en día, entre China y los Estados Unidos, y por un instante pensemos que dirían sus autoridades si inversores del otro país estuviesen operando en un sector sensible de su economía, como sin dudas es el sector petrolero para el Ecuador. La decisión del tribunal de *Occidental c. Ecuador 2* al considerar que la violación del derecho Ecuatoriano y del contrato no era tan grave, sin perjuicio de normas expresas, y que por tanto la caducidad resultaba una medida desproporcionada del Ecuador es un ejemplo cabal de cómo la interpretación de los derechos de los inversores extranjeros por tribunales

arbitrales los pone en una posición que no tendrían en derecho doméstico alguno—incluido el de los Estados Unidos de América.

Conclusión

De todo lo dicho antes se desprenden algunas razones por las que estimo se justifica la prohibición contenida en el artículo 422, y muy probablemente fueron tenidas en cuenta por el constituyente en 2008 de manera directa o indirecta. Pienso pueden ser útiles para que este tribunal de manera soberana y haciendo ejercicio de su jurisdicción interprete la norma constitucional sujeto de esta controversia.

Aprovechando la ocasión para saludar al tribunal con mi mayor consideración,



Nicolás M. Perrone

Profesor Investigador Asociado, Universidad Andrés Bello Chile
PhD London School of Economics and Political Science