

Señor Doctor
Hernán Salgado Pesantez
Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador
Quito (Ecuador)
En su despacho

De mi mayor consideración:

Mi nombre es Björn Arp, y me dirijo a esta Honorable Corte Constitucional para presentar observaciones como *amicus curiae* en la causa 0002-18-IC relativa a la acción de interpretación del primer inciso del artículo 422 de la Constitución.

Soy doctor en derecho por la Universidad de Alcalá en Madrid y me desempeño como abogado en temas de protección internacional de inversiones y de protección internacional de derechos humanos. Además, soy docente en la *American University Washington College of Law* y coordinador de la Maestría sobre Arbitraje Internacional y Derecho de los Negocios de dicha Universidad, y profesor visitante en varias otras universidades de España y América Latina. He representado a empresas latinoamericanas y norteamericanas en sus reclamaciones contra Estados de América Latina por falta de debido proceso y por revocación ilegal de licencias, entre otras¹.

Estas observaciones tienen como objetivo exponer el marco jurídico del ejercicio interpretativo de la Honorable Corte Constitucional, así como formular algunas consideraciones de política legislativa, o *de lege ferenda*, que los comentarios de algunos otros eminentes juristas en el contexto de la presente causa me suscitan. Estos últimos comentarios los puede tomar en cuenta la Corte Constitucional si resultara que los criterios técnicos de interpretación normativa no son suficientes para alcanzar una conclusión definitiva sobre la interpretación de la norma que nos ocupa.

Formulo estas observaciones en mi propio nombre. Ninguna afirmación en estas observaciones compromete o representa la posición de ninguna de las instituciones con las que estoy afiliado.

¹ Para más información sobre mi perfil, véase en el siguiente enlace: <https://www.wcl.american.edu/community/faculty/profile/arp/bio>.

1. Aplicación de las reglas fundamentales de la interpretación del derecho en Ecuador

El primer comentario sobre esta Acción de Interpretación Constitucional viene referido a la esencia de la tarea de la Honorable Corte Constitucional, que es la interpretación del significado del art. 422 de la Constitución.

En el Derecho ecuatoriano, la interpretación sigue unas reglas claramente delimitadas. La regla fundamental de interpretación es el respeto al tenor literal del texto. Cuando el texto está claro, no necesita más ejercicio de interpretación. Por más que pueda parecer evidente, en un tema que ha sido objeto de frecuentes argumentos *de lege ferenda* y de contenido político es particularmente importante subrayar que la función de la Corte Constitucional es garantizar el respeto de la Constitución. Su función no es legislar o decidir a favor de alguna posición en temas de índole política. Si hubiera el deseo en Ecuador de avanzar una u otra posición en relación con el arbitraje de inversión, esta tarea la debería adoptar el poder legislativo.

a) El marco jurídico ecuatoriano

El art. 427 de la Constitución de Ecuador de 2008 establece que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. La disposición además señala que, en caso de duda, las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos, que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los “principios generales” de la interpretación constitucional. Esta regla básica de la interpretación literal se refleja también, casi de forma idéntica, en el art. 6 del Código Orgánico de la Función Judicial, titulado “Interpretación integral de la norma constitucional”.

El art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, titulado “Métodos y reglas de interpretación constitucional”, establece literalmente lo siguiente:

ARTÍCULO 3 métodos y reglas de interpretación constitucional.

Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.

El Código Civil de Ecuador de 2005 contiene también una normativa pormenorizada y detallada sobre la interpretación de las normas. Por su importancia, se refleja a continuación:

Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

1a. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, 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;

2a. Las 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;

3a. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso;

4a. El 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. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto;

5a. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes;

6a. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y,

7a. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

Esta disposición es clara al insistir en el uso del tenor literal de la disposición al indicar en su primer párrafo que “[c]uando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”. El derecho ecuatoriano es claro al exigir que consideraciones de “espíritu” de la ley no pueden prevaler sobre el tenor literal claro de la norma.

Conviene señalar que la interpretación literal, usando el sentido general de los términos, cuando éstos son claros, es un método de interpretación común a la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos y por tanto se inscribe en una sólida práctica comparada.

b) Aplicación de las reglas de interpretación al art. 422 de la Constitución

El art. 422 es explícito al referirse a controversias contractuales o comerciales en que el Estado sea parte. Si hubiera querido incluir a controversias entre particulares y el Estado de Ecuador basadas en el derecho internacional público, las hubiera mencionado expresamente, o hubiera omitido la cláusula expresa sobre la prohibición de las controversias contractuales o comerciales. El tribunal que interpreta esta disposición no puede dejar de lado los términos expuestos elegidos por el constituyente, ni añadir o quitar lo que estime oportuno en cada momento.

La expresión *controversia contractual o comercial* tiene un significado que apunta hacia el origen de la controversia (en el caso de la contractual) y al objeto de la controversia (en el caso de la controversia comercial). Una controversia nacida de un contrato no es lo mismo que una controversia nacida de un tratado internacional o de una alegada violación de una norma consuetudinaria de derecho internacional público. La práctica arbitral en materia de inversiones es muy extensa en su intento de distinguir entre ambos fenómenos. Las controversias comerciales suelen ser aquellas que tienen por objeto transaccionales puntuales, generalmente relacionadas con la compraventa de mercancías o servicios. Dado que una transacción comercial no suele tener una duración extensa en el tiempo, ni asume un riesgo empresarial más allá del valor del objeto comercializado, las transacciones comerciales se distinguen de las inversiones. Las inversiones se caracterizan por una actividad empresarial de una cierta duración y la asunción de un riesgo empresarial en el lugar donde se establezcan dichas inversiones.

La distinción es importante debido a la diferente naturaleza y régimen jurídico aplicable de una disputa contractual en comparación con una surgida de un tratado. Ahora bien, las llamadas “cláusulas paraguas” contenidas en algunos tratados bilaterales de inversiones permiten extender la protección otorgada por los mecanismos de solución de diferencias consagradas en el tratado a supuestas violaciones contractuales, pero se trata precisamente de una excepción que debe estar expresamente indicada en el tratado. Si la Honorable Corte Constitucional considerara que exista el riesgo de que el gobierno firmara tratados de protección de inversiones con cláusulas paraguas, podría aclarar que el

art. 422 prohíbe la firma de tratados con estas cláusulas. Esto llevaría a que el gobierno solo podría firmar tratados bilaterales de inversión consintiendo a arbitraje de disputas que surjan de una violación de una norma de derecho internacional público².

Además, el art. 422 prohíbe celebrar *tratados o instrumentos internacionales*, lo que prima facie también parece una cláusula clara. La expresión “tratados o instrumentos internacionales” es generalmente utilizada para referirse a tratados internacionales y a acuerdos administrativos, que en ambos casos son concluidos entre Estados y sometidos al derecho internacional público.

La expresión “*ced[er] jurisdicción soberana*” está relacionada estrechamente con la expresión “tratados o instrumentos internacionales”, puesto que dichos tratados e instrumentos son actos soberanos, al ser concluidos por el Estado y al comprometer su responsabilidad internacional. Quizás hubiera sido más correcto emplear la expresión “reconocer la jurisdicción”, tal como se expresa el art. 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³, pero los términos son claros al entenderse que desde la perspectiva del Estado de Ecuador toda jurisdicción originaria reside en el Estado, y éste, mediante el reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales, “cede” dicha jurisdicción.

La expresión “*entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*” no requiere más comentario, puesto que en el contexto de la Constitución está claro que el Estado alude al Estado de Ecuador como persona jurídica internacional (incluyendo todas sus agencias y empresas estatales), y que las personas naturales o jurídicas se identifican bien en virtud del propio derecho ecuatoriano o según algún otro derecho aplicable a dichas personas, en el supuesto de ser extranjeros.

En conclusión, y a la vista de que la consulta que dio origen a la presente acción de interpretación constitucional se centraba en la cuestión de si la expresión “en controversias contractuales o de índole comercial” prohibiera también los acuerdos de protección de inversiones, la respuesta es que el art. 422 no limita las facultades soberanas del Estado de Ecuador de someterse a mecanismos de solución de diferencias, incluido el arbitraje, para resolver disputas de inversiones surgidas de tratados internacionales.

² La distinción entre los dos tipos de protección puede eventualmente llegar a tener relevancia en Ecuador en sus relaciones económicas con China. China tiene una economía de estado, en que confluyen y se entremezclan la protección en virtud de las normas de derecho público con las de naturaleza comercial. Aunque no es objeto del presente *amicus curiae*, parece que el impacto de la aplicación del art. 422 de la Constitución ecuatoriana a las relaciones económicas con China es una cuestión que habría que analizar más detenidamente.

³ Art. 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

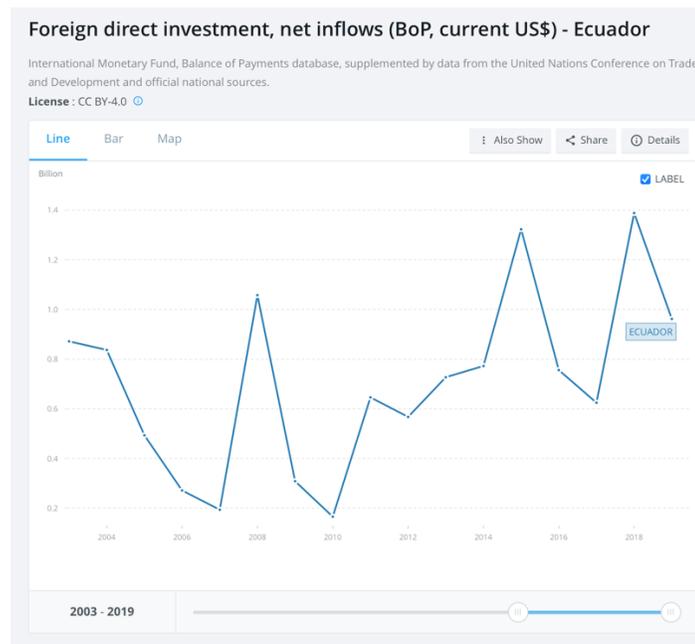
2. El arbitraje de inversión y las inversiones en Ecuador

a) La vigencia de reglas internacionales de protección y promoción de las inversiones efectivamente contribuye al flujo de las inversiones a Ecuador

Hay quienes sostienen que los acuerdos bilaterales de protección de inversión no contribuyen a incrementar el flujo de las inversiones en Ecuador. Sin embargo, precisamente el caso de Ecuador ilustra la estrecha relación entre una sólida protección internacional de las inversiones extranjeras y los flujos de inversión.

Cabe recordar que Ecuador denunció el Convenio CIADI en 2009. En 2008, el Estado de Ecuador denunció nueve de sus tratados bilaterales de inversión (con Cuba, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Rumanía y Uruguay), y el tratado con Finlandia lo denunció en 2010. En 2017, el Estado denunció todos los demás acuerdos, fundamentalmente con los Estados miembros de la Unión Europea. En esta fecha, se propuso un nuevo modelo ecuatoriano de tratado bilateral de inversiones. Paralelamente, el Estado ha hecho otros esfuerzos de renovación institucional y modernización del Estado encaminado a atraer más inversión extranjera.

Compárese estas fechas con el siguiente gráfico, que refleja los flujos de inversión extranjera:



Fuente: Banco Mundial

El presente gráfico ilustra que después de una incipiente recuperación de un flujo estable de inversión extranjera, rondando los 0.9 billones de dólares hasta 2004, la inversión se redujo a una quinta parte de esa suma hacia el año 2009 y 2010, cuando el Gobierno excluyó a Ecuador del arbitraje del CIADI. Solo con el cambio de política de inversiones con el nuevo gobierno se recuperaron flujos de inversión extranjera equiparables a los principios de los años 2000. Finalmente, el anuncio de la terminación de los últimos tratados bilaterales de inversión en 2017 estuvo acompañado por una nueva reducción brusca de la inversión extranjera.

Si bien esta comparación no pretende reconducir ni simplificar la existencia, denuncia, o firma de tratados que protegen las inversiones extranjeras como la única causa que determina los flujos de inversión extranjera, es indudable que existe una relación con dichos flujos. Por tanto, los tratados internacionales de protección de inversión siguen jugando un papel importante en la garantía de una seguridad jurídica que requiere el desarrollo económico y el ejercicio de las libertades individuales, incluidas las libertades económicas.

b) Comparación con Estados que tienen una política de no firmar tratados de protección de inversiones

Hay quienes sostienen que los tratados de protección y promoción de inversiones no son una garantía para el flujo de inversiones hacia un país, sino que otros métodos pueden alcanzar los mismos resultados sin que se requiera ceder jurisdicción a tribunales arbitrales de inversiones.

Muchos alegan el ejemplo de Brasil, que tiene una política de estado de no firmar los tradicionales acuerdos bilaterales de inversión. Lo que se omite, sin embargo, es que el Estado y sus empresas públicas tienen una rica práctica de firma de contratos públicos que establecen el arbitraje privado o comercial como mecanismo de solución de controversias. Tal es así que Brasil es uno de los lugares del mundo con más arbitrajes comerciales. Según las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional, partes brasileñas (incluidas empresas del Estado) constituían el tercer grupo más grande de partes en arbitrajes de la CCI, después de EE.UU. e India⁴. Por tanto, Brasil no es un ejemplo para un Estado que se mantiene al margen del arbitraje como mecanismo de solución de diferencias, sino

⁴ Véase las estadísticas de casos de la Cámara de Comercio Internacional, 2019, p. 22.

solo como un ejemplo de un Estado que precisamente ha reconducido cualquier reclamación al terreno comercial o basado en arreglos contractuales. Estas son precisamente las modalidades excluidas por el art. 422 de la Constitución de Ecuador, por lo que, *ex constitutione*, el modelo brasileño no puede aplicarse al caso ecuatoriano.

3. El arbitraje de inversión, la protección internacional de los derechos humanos y el trato a los inversores nacionales

La lectura de otros comentarios doctrinales y algunos de los *amicus curiae* presentados a este mismo caso suscita el argumento de la discriminación o trato preferente de los inversores extranjeros frente a los nacionales. Según este argumento, los extranjeros tienen abiertas la vía del arbitraje de inversión, mientras que los nacionales solo podrían acudir a la protección internacional de los derechos humanos.

De las referidas lecturas se desprende que esta discriminación se produce (a) porque la protección por el arbitraje internacional de inversiones es más eficaz que la otorgada por los tribunales domésticos; (b) porque las sumas de indemnización que otorgan los tribunales de arbitraje internacional son más altas; y (c) porque el recurso por la vía de los derechos humanos requiere el agotamiento de los recursos internos.

Un poco más de análisis de estas razones revela que no juegan a favor de quienes son críticos con la aplicación del art. 422 a los tratados bilaterales o multilaterales de inversión. Al contrario, estas razones constituyen un argumento muy sólido para apoyar el arbitraje de inversión como uno de los pocos mecanismos internacionales de protección del individuo frente al Estado auténticamente eficaces. Las tres razones refuerzan las nociones de “pro-homine” y “pro-derechos humanos” formuladas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es más, los mencionados argumentos podrían fundamentar un uso más extendido del mecanismo jurídico utilizado en el arbitraje de inversiones, y la reivindicación de que incluso haga extensivo este mecanismo a los inversores nacionales.

Sin embargo, llama la atención que nadie reconoce los logros del arbitraje de inversión como uno de los primeros mecanismos internacionales que han alcanzado una extraordinaria eficacia de protección y defensa de los particulares frente a actos arbitrarios, abusivos y a veces violentos o corruptos de las autoridades estatales. Nadie plantea un escenario en que todos los inversores puedan

contar con mecanismos eficientes para obtener una reparación en caso de que el Estado en que inviertan incumple con sus obligaciones de derecho internacional. Las observaciones que siguen explican que la eliminación del arbitraje de inversiones (como en el caso de Ecuador mediante la interpretación extensiva del art. 422) es adverso a la protección de las personas en el derecho internacional, incluida la protección de los derechos humanos.

a) Sobre el argumento de que el arbitraje de inversión es más eficaz que la litigación ante los tribunales nacionales

Existen numerosos comentarios de quienes sostienen, con razón, que el arbitraje de inversión es más eficaz que el litigio ante los tribunales nacionales. Se plantean por qué los nacionales deben soportar la carga de acudir a los tribunales domésticos en procedimientos extensos, farragosos, con resultados inciertos y con innumerables derechos de recurso de parte del Estado para extender en el tiempo un litigio que no conduce a nada para el inversor doméstico, mientras el inversor extranjero puede acudir al arbitraje internacional.

Frente a esta constancia, habría que aclarar que esta misma situación explica por qué el problema no radica con el arbitraje de inversión, sino que el problema son los sistemas jurídicos nacionales. Para un Estado de derecho no puede ser aceptable que los tribunales funcionen mal, que haya innumerables vías de recurso cuyo único objetivo es la retardación de justicia, que se permita el uso de la jurisdicción criminal para resolver controversias de naturaleza civil o mercantil, etc. Muchas de estas deficiencias no son una consecuencia de la falta de recursos económicos en el poder judicial, sino dependen de una aplicación más rigurosa de un marco jurídico más moderno y adaptado a una justicia eficiente y transparente.

En algunos Estados se están produciendo cambios para aprender del arbitraje internacional y para “importar” la eficacia de dicho mecanismo en beneficio de los inversores nacionales. Existe una creciente práctica de someter disputas con empresas públicas a arbitraje, por operación de los contratos de concesiones, licencias, u otros permisos públicos concluidos con el Estado⁵. Ahora bien, en Ecuador, la prohibición de sometimiento de reclamaciones contractuales o comerciales a arbitraje internacional, a la que parece aludir el art. 422 de la Constitución, podría representar un serio obstáculo a la posibilidad de extender esta práctica a los inversores extranjeros. El arbitraje de inversión basado

⁵ En el Perú se ha generalizado el recurso al arbitraje en disputas contractuales de entidades privadas con el Estado.

en la aplicación de tratados internacionales constituye una alternativa jurídicamente viable para lograr al menos una eficaz protección en virtud de los estándares mínimos reconocidos en el derecho internacional. Por tanto, en el contexto de la realidad económica actual el arbitraje internacional para inversores extranjeros complementa bien la posibilidad eventual de que el Estado permita a sus propios nacionales el recurso al arbitraje doméstico.

b) Disparidades entre las reparaciones y costas ordenadas por los tribunales arbitrales, las cortes nacionales y los tribunales internacionales de derechos humanos

Existe también el argumento de que el arbitraje de inversiones acaba imponiendo reparaciones y costas a los Estados que son muy costosas, o incluso “excesivas”⁶. Esto supuestamente contrasta con las reparaciones impuestas por otros tribunales, tanto nacionales como internacionales (los de derechos humanos). El marco conceptual dentro del cual habría que evaluar este argumento es la regla sólidamente reconocida en el derecho internacional que exige la reparación plena de los daños ocasionados por la violación de una obligación internacional. Así lo ha confirmado la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y así también lo reconocen los tribunales internacionales de arbitraje de inversiones. Sin embargo, probablemente ningún subsistema internacional en la actualidad se esmera tanto como el arbitraje de inversiones en determinar los valores efectivos de los daños sufridos por las empresas afectadas por medidas ilícitas. En contraste, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es restrictiva en la concesión de reparaciones con valor económico, como si la vida humana o la integridad física—para citar dos ejemplos de valores protegidos con frecuencia en la jurisprudencia de dicha Corte—no tuvieran mucho valor económico.

Observamos, por tanto, que el problema no está en el arbitraje de inversiones, sino en la protección internacional de derechos humanos. Centrándonos en la práctica de la Corte

⁶ Según UNCITRAL, el coste medio de importe medio de los costos administrativos y del tribunal arbitral en las controversias en materia de inversiones era de 933.000 dólares. El promedio de los costos de parte para los inversionistas demandantes ascendía a 6.019.000 dólares, con una mediana de 3.375.000 dólares. El promedio de los costos de parte para los Estados demandados era de 4.855.000 dólares, con una mediana de 2.793.000 dólares. Estos datos fueron tomados de Matthew Hodgson and Alastair Campbell, “Damages and costs in investment treaty arbitration revisited”, *Global Arbitration Review* (14 de diciembre de 2017) que puede consultarse en [http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/14-12-17_Damages_and_costs_in_investment_treaty_arbitration_revisited .pdf](http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/14-12-17_Damages_and_costs_in_investment_treaty_arbitration_revisited.pdf); véase UNCITRAL, “Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE): costo y duración”, A/CN.9/WG.III/WP .153, de 31 de agosto de 2018, p. 7.

Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción ha reconocido Ecuador, se plantea el interrogante de por qué la Corte impone como reparación por el asesinato o desaparición forzada de una persona a manos de agentes de un Estado reparaciones de apenas 50, 100 o 150 mil dólares. Se plantea la pregunta de por qué la Corte evalúa el valor económico de los servicios jurídicos de abogados que actúan ante ella en cantidades que rondan los 10 mil dólares para un caso de dos o tres años de duración ante la Corte y diez o más años ante la Comisión Interamericana (la instancia previa que debe agotarse antes de que el caso sea sometido a la Corte) y miles de hojas de expediente. Otro ejemplo es la cuestión de por qué la Corte Interamericana calcula los intereses que devienen las reparaciones en la mayoría de los casos solo a partir de la emisión de su sentencia, o incluso a partir de un plazo posterior, y no en aplicación del principio de reparación integral siguiendo los momentos en que se produjeron efectivamente las violaciones. Tal como podemos mencionar la Corte Interamericana para dar estos ejemplos concretos, también otros tribunales internacionales de derechos humanos hacen una aplicación incompleta de los postulados del derecho internacional en materia de reparaciones, sumando así el perjuicio que la persona humana ya sufrió con la violación inicial de la norma primaria.

Esta práctica hace que la comparación entre la práctica ante los tribunales internacionales de derechos humanos y el arbitraje de inversión arroje importantes diferencias. Ahora bien, el problema no es con el arbitraje de inversión, sino con la práctica de otros tribunales internacionales que no aplican plenamente las reglas internacionales sobre la determinación de las reparaciones y costas. Similares comparaciones podrían hacerse con las sentencias sobre reparaciones emitidas por tribunales domésticos.

c) El agotamiento de los recursos internos

Existen comentarios de quienes señalan que el acceso a la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos está condicionado por el agotamiento de los recursos internos. En contraste, así sigue el argumento, en el arbitraje de inversiones no se requiere el agotamiento de los recursos internos.

En la práctica, es interesante observar que el agotamiento de los recursos internos no es necesariamente un distintivo determinante entre el arbitraje de inversiones y la protección internacional de los derechos humanos (de la que se pueden beneficiar los nacionales). Habría más bien que poner la atención en otros obstáculos de admisibilidad para reclamaciones de inversores

nacionales ante los mecanismos internacionales de derechos humanos. Sirva, como ejemplo, el rechazo de las empresas como reclamantes ante el sistema interamericano de derechos humanos. Esta falta de *ius standi* perjudica gravemente a los productores y empresarios nacionales. Durante todos estos años de funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos esto ha constituido un obstáculo al fomento de un sector empresarial autóctono en América Latina que pueda defenderse eficazmente ante la extorsión y corrupción realizada por agentes del gobierno y que ha llevado a una ventaja comparativa de los inversores extranjeros que podían invocar un tratado de protección de inversiones.

En lo que se refiere al agotamiento de los recursos internos, conviene señalar que, sin excepción alguna, todos los mecanismos internacionales de derechos humanos establecen excepciones al agotamiento de los recursos internos en el supuesto de que dichos recursos resulten ineficientes para reparar las violaciones alegadas⁷. Al mismo tiempo, algunos—si bien no todos—los tratados internacionales de protección de inversiones establecen criterios de admisibilidad que pueden incluir también el agotamiento de los recursos internos. A diferencia de los mecanismos de derechos humanos, los tratados de inversiones no se refieren a la eficacia o prolongación excesiva de los procedimientos ante la jurisdicción interna, sino que establecen directamente unos plazos determinados dentro de los cuales deben terminarse los procedimientos. Es más, un creciente número de ordenamientos internos en América Latina también establecen plazos taxativos dentro de los cuales los tribunales deben pronunciarse. Por tanto, si bien estamos lejos de criterios uniformes sobre la duración de los procedimientos ante la jurisdicción interna, no está claro si los criterios de un mecanismo discriminan indebidamente en comparación con los de otros.

4. Conclusiones

Las observaciones contenidas en este documento pretenden ayudar a la Honorable Corte Constitucional con elementos jurídicos de interpretación del art. 422 y con una discusión de algunos argumentos *de lege ferenda* con que se intenta convencer a esta Corte y al público en general a extender la prohibición del arbitraje para controversias contractuales y comerciales para incluir también el arbitraje de inversiones.

⁷ A modo de ejemplo, sirva mencionar el art. 46, párrs. 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 5, párrafo 2 (b) del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En principio, la cuestión planteada en la presente causa se podría resolver aplicando una interpretación literal de los términos del art. 422, que expresamente limita su prohibición constitucional a que el Estado se vincule al arbitraje como mecanismos para solucionar disputas contractuales y comerciales.

En el supuesto de que la Honorable Corte Constitucional tuviera que ponderar otros argumentos extrínsecos al texto del art. 422, hemos ofrecido observaciones a algunos de los argumentos que se suscitan actualmente en Ecuador. La conclusión sobre estos argumentos es siempre la misma: criticar al arbitraje de inversión con los argumentos mencionados más arriba es hacer un flaco favor al derecho internacional y a la protección de los particulares frente al poder soberano de los Estados. En lugar de la negatividad frente al arbitraje de inversión, la experiencia de esta forma de solución de diferencias debería ser un aliciente para evaluar cómo podrían extenderse las protecciones del arbitraje de inversión a otras áreas del derecho y cómo replicar su eficacia en el ordenamiento jurídico interno para que todos puedan beneficiarse de una mayor seguridad jurídica y eficacia de las medidas de reparación. El arbitraje de inversiones no es el problema, sino la fragilidad de la mayoría de los demás mecanismos internacionales de protección de la persona humana frente al ejercicio del poder irrestricto de los Estados.

Lo que firmo, a los efectos oportunos, en Washington, D.C. el 5 de julio de 2021,



.....
Björn Arp