



FACULTAD DE DERECHO

**LA COMPATIBILIDAD DEL PLAN NACIONAL PARA EL BUEN VIVIR CON LOS
TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República

Profesor Guía

Dr. Roque Bernardo Bustamante Espinosa

Autor

Diego Javier Dueñas Rosales

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Dr. Roque Bernardo Bustamante Espinosa

Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de la República por la
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

1705695227

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

Diego Javier Dueñas Rosales

1711975530

AGRADECIMIENTOS

A los doctores Roque Bustamante, Valeria Noboa y Martín Secaira, por sus aportes en este trabajo.

DEDICATORIA

A mis padres y a la
Universidad, por haber
hecho posible este logro.

RESUMEN

Los derechos fundamentales son la base de todo ordenamiento jurídico. En el Ecuador, se consideran derechos fundamentales a los Derechos del Buen Vivir, reconocidos en la Constitución de la República de 2008. El Buen Vivir constituye una filosofía de vida proveniente de la concepción ancestral indígena del *Sumak Kawsay*. Erróneamente, se utiliza al Buen Vivir como sinónimo del *Sumak Kawsay*, cuando son dos cosas distintas. El Ecuador ha adoptado como objetivo primordial alcanzar el Buen Vivir de todos los ciudadanos y esto puede representar tensiones con los tratados bilaterales de inversión (TBI), instrumentos que incentivan y protegen la inversión extranjera.

Este trabajo busca presentar un análisis a fondo de los puntos de compatibilidad e incompatibilidad entre el Buen Vivir, materializado mediante el Plan Nacional para el Buen Vivir, y los TBI. Así, define primero claramente el Buen Vivir y el *Sumak Kawsay*, entablando y explicando la diferencia conceptual existente entre ambos, para luego analizar la compatibilidad con los TBI y la supuesta necesidad de la inversión extranjera para el desarrollo.

De esta manera, se estudia doctrina referente a los temas de derechos fundamentales, Buen Vivir y TBI. Se analizan laudos arbitrales y la lógica detrás de ellos. Se estudian a fondo los objetivos del Plan Nacional para el Buen Vivir y se contrasta con los objetivos de los TBI. Se consideran también, los conceptos ideológicos de Buen Vivir y *Sumak Kawsay*, desde una perspectiva antropocéntrica y, se ahonda la investigación en el cambio de paradigma palpable y real en la sociedad ecuatoriana.

Finalmente, se concluye con varios puntos de compatibilidad y algunas tensiones entre el Buen Vivir y los TBI. Constituye un aporte a la academia, ya que se deja la puerta abierta para el debate de temas trascendentales y controversiales. Además, se comprueban errores conceptuales, no reconocidos, en la aplicación de políticas públicas en la búsqueda del Buen Vivir y se evidencian nuevas cuestiones ignoradas antes de efectuar la investigación.

ABSTRACT

Fundamental rights are the basis of every legal system. In Ecuador, the *Buen Vivir* Rights (Good Living) are considered fundamental rights and are recognized as such in the Ecuadorian Constitution of 2008. The *Buen Vivir* concept is a way of life originating from the ancient philosophical concept of *Sumak Kawsay*. The *Buen Vivir* and *Sumak Kawsay* concepts are mistakenly used as synonyms, but have two different meanings. Ecuador has adopted as its top priority to achieve the *Buen Vivir* of all citizens and this may cause a conflict with bilateral investment treaties (BITs), since they encourage and protect foreign investment.

This paper aims to present a thorough analysis of the points of compatibility and incompatibility between the *Buen Vivir*, addressed in the National *Buen Vivir* Plan and the BITs. Therefore, first it clearly defines *Buen Vivir* and *Sumak Kawsay*, presenting and explaining the difference between the two, and later analyzing the compatibility thereof with the BITs and the alleged need of foreign investment for development.

In this manner, doctrine concerning issues with fundamental rights, *Buen Vivir*, and BITs is studied. Furthermore, this paper analyzes arbitral awards and the logic behind them. It studies in depth the objectives of the National *Buen Vivir* Plan and contrasts them with the goals of the BITs. It also considers the ideological concepts of *Buen Vivir* and *Sumak Kawsay* from an anthropocentric perspective and this research delves into the real and palpable change of the paradigm in Ecuadorian society.

Lastly, this paper concludes with several points of compatibility and tensions between *Buen Vivir* and BITs. It contributes to the academia since it leaves the door open for further and deeper discussion on transcendental and controversial matters and issues. In addition, this research demonstrates the misconceptions not recognized in the implementation of public policies in pursuit of *Buen Vivir* and covers new issues that were ignored prior to the completed research.

ÍNDICE

Introducción.....	1
1. Capítulo I: Marco Teórico	3
1.1. Introducción.....	3
1.2. Estado Constitucional de Derechos y Justicia	3
1.2.1. Estado Constitucional.....	4
1.2.2. Estado de Derechos	4
1.2.3. Estado de Justicia	5
1.3. Derechos Fundamentales	5
1.3.1. Aproximaciones a la definición de Derecho Fundamental	5
1.3.2. Historia de los Derechos Fundamentales	6
1.3.2.1. Derechos Fundamentales en las primeras Constituciones.....	6
1.3.2.2. Derechos Fundamentales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	7
1.3.3. Características de los Derechos Fundamentales	9
1.3.4. Fuentes de los Derechos Fundamentales	10
1.3.5. Positivización de los Derechos Fundamentales.....	11
1.3.6. Protección estatal de los Derechos Fundamentales	12
1.4. Buen Vivir y <i>Sumak Kawsay</i>	13
1.4.1. Introducción.....	13
1.4.2. La Globalización como antecedente histórico a la construcción del concepto “nuevo” del Buen Vivir	14
1.4.3. Otras posibles causas para el surgimiento de la idea del Buen Vivir	17
1.4.4. Aproximaciones a las distintas definiciones del Buen Vivir y Sumak Kawsay.....	19
1.4.5. Cambio de paradigma: del capitalismo al buen vivir.....	22
1.4.6. Desarrollo según el antiguo paradigma neoliberal	23
1.4.7. El Buen Vivir como alternativa al/del modelo capitalista neoliberal de desarrollo	26
1.5. Régimen Económico Ecuatoriano	28
1.5.1. Economía Popular y Solidaria	28
1.6. Tratados Bilaterales de Inversión	30
1.6.1. Definiciones y Conceptos Básicos.....	30
1.6.2. Antecedentes históricos de los TBI	32
1.6.3. Finalidad y objetivos de los TBI	34
1.6.4. Cláusulas de un TBI	36
1.6.4.1. Trato Justo y Equitativo	36
1.6.4.2. Trato Nacional	37
1.6.4.3. Trato de la Nación Más Favorecida	37
1.6.4.4. Repatriación de capitales	39

1.6.4.5.	Expropiación, nacionalización y otras medidas similares.....	39
1.6.4.6.	Cláusula Paraguas	43
1.6.4.7.	Arbitraje Internacional.....	44
1.6.4.7.1.	Concepto y Objeto	44
1.6.4.7.2.	Doctrina Calvo	45
1.6.4.7.3.	El CIADI.....	45
2.	Capítulo II: Marco Jurídico e Institucional.....	48
2.1	Introducción	48
2.2	Constitución de la República del Ecuador	48
2.2.1	Principios para el ejercicio y aplicación de los Derechos.....	49
2.2.2	Derechos del Buen Vivir en la Constitución de la República del Ecuador.....	51
2.2.2.1	Derecho al Agua y a la Alimentación	52
2.2.2.2	Derecho al Ambiente Sano.....	52
2.2.2.3	Derecho a la Comunicación y a la Información	53
2.2.2.4	Derecho a la Cultura y a la Ciencia	54
2.2.2.5	Derecho a la Educación	55
2.2.2.6	Derecho a un Hábitat y a una Vivienda	56
2.2.2.7	Derecho a la Salud.....	57
2.2.2.8	Derecho al Trabajo y a la Seguridad Social	58
2.2.3	Régimen de Desarrollo en la Constitución de la República del Ecuador	59
2.2.3.1	Principios Generales	59
2.2.3.2	Planificación para el desarrollo.....	61
2.2.3.3	Soberanía alimentaria	61
2.2.3.4	Soberanía Económica	62
2.2.3.4.1	Política Económica	62
2.2.3.4.2	Política Fiscal.....	63
2.2.3.4.3	Endeudamiento Público	63
2.2.3.4.4	Presupuesto General del Estado	64
2.2.3.4.5	Régimen Tributario	64
2.2.3.4.6	Política Monetaria	65
2.2.3.4.7	Política Comercial	65
2.2.3.4.8	Sistema Financiero	66
2.2.3.5	Sectores Estratégicos.....	66
2.2.3.6	Trabajo y Producción.....	66
2.2.4	Régimen del Buen Vivir en la Constitución de la República del Ecuador	67
2.2.4.1	Inclusión y Equidad	67
2.2.4.1.1	Educación.....	67
2.2.4.1.2	Salud	68
2.2.4.1.3	Seguridad social	69
2.2.4.1.4	Hábitat y Vivienda.....	69

	2.2.4.1.5	Cultura	70
	2.2.4.1.6	Cultura Física y Tiempo Libre	70
	2.2.4.1.7	Comunicación Social	70
	2.2.4.1.8	Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales	71
	2.2.4.1.9	Gestión de Riesgo	71
	2.2.4.1.10	Población y Movilidad Humana	72
	2.2.4.1.11	Seguridad Humana	72
	2.2.4.1.12	Transporte	72
	2.2.4.2	Biodiversidad y Recursos Naturales	72
	2.2.4.2.1	Naturaleza y Ambiente	72
	2.2.4.2.2	Biodiversidad	73
	2.2.4.2.3	Patrimonio Natural y Ecosistemas	73
	2.2.4.2.4	Recursos Naturales	74
	2.2.4.2.5	Suelo y Agua	74
	2.2.4.2.6	Biósfera, Ecología Urbana y Energías Alternativas	74
2.3	Plan Nacional de Desarrollo: Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017		74
2.4	Marco jurídico regional para el tratamiento de las inversiones extranjeras en el Ecuador: Decisión 291: Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías		77
2.5	Marco jurídico nacional para el tratamiento de las inversiones extranjeras en el Ecuador: Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones		77
3.	Capítulo III: Análisis de Compatibilidad		79
3.1	Introducción		79
3.2	Cuestiones preliminares		79
3.3	Compatibilidades entre el Buen Vivir y los TBI		83
	3.3.1	Ventajas de los TBI	83
	3.3.2	Compatibilidad entre los Derechos del Buen Vivir y los TBI	87
	3.3.2.1	Derecho a la Cultura y a la Ciencia	87
	3.3.3	Compatibilidad entre el Régimen de Desarrollo y los TBI	87
	3.3.3.1	Régimen Tributario	87
	3.3.3.2	Política Comercial	88
	3.3.4	Compatibilidad entre el Régimen del Buen Vivir y los TBI	88

3.3.4.1	Educación	88
3.3.4.2	Salud	88
3.3.4.3	Seguridad Social	89
3.3.4.4	Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales.....	89
3.3.4.5	Población y Movilidad Humana	90
3.3.4.6	Seguridad Humana	90
3.3.4.7	Transporte.....	90
3.3.5	Compatibilidad entre el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y los TBI	91
3.3.5.1	Rol de la Inversión Extranjera en el país según el Código de la Producción	93
3.3.6	Compatibilidad entre el Plan Nacional para el Buen Vivir y los TBI	93
3.3.6.1	Objetivo 3. Políticas 3.1, 3.2 y 3.3	93
3.3.6.2	Objetivo 4. Políticas 4.1, 4.4, 4.4 y 4.9	94
3.3.6.3	Objetivo 9. Política 9.1.....	95
3.3.6.4	Objetivo 10. Políticas 10.2, 10.3, 10.6 y 10.9....	96
3.3.6.5	Objetivo 11. Política 11.1, 11.2 y 11.5	97
3.4	Incompatibilidades y tensiones entre el Buen Vivir y los TBI.....	98
3.4.1	Desventajas de los TBI	98
3.4.2	Incompatibilidad entre los Derechos del Buen Vivir y los TBI	102
3.4.2.1	Derecho al agua y alimentación	102
3.4.2.2	Derecho al Ambiente Sano.....	103
3.4.2.3	Derecho a la Comunicación y a la Información	104
3.4.2.4	Derecho a la Educación	104
3.4.2.5	Derecho a un Hábitat y a una Vivienda	105
3.4.3	Incompatibilidad entre el Régimen de Desarrollo y los TBI	105
3.4.3.1	Sectores Estratégicos.....	105
3.4.3.2	Trabajo y Producción.....	107
3.4.4	Incompatibilidad entre el Régimen del Buen Vivir y los TBI	108
3.4.4.1	Hábitat y Vivienda	108
3.4.4.2	Naturaleza y Ambiente	109
3.4.4.3	Patrimonio Natural y Ecosistemas	109
3.4.4.4	Recursos Naturales	110
3.4.5	Incompatibilidades entre las Garantías Constitucionales (Normativas y Jurisdiccionales) y los TBI	110
3.4.6	Incompatibilidades entre los Principios de las Relaciones Internacionales y los TBI	112
3.4.7	Incompatibilidades entre el Plan Nacional para el Buen Vivir y los TBI	112
3.4.7.1	Objetivo 5. Política 5.6.....	112

3.4.7.2	Objetivo 6. Política 6.2.....	113
3.4.7.3	Objetivo 7. Políticas 7.1, 7.4 y 7.8	114
3.4.7.4	Objetivo 8. Políticas 8.2 y 8.9. En concordancia con la Política 10.5.....	116
3.4.7.5	Objetivo 10. Políticas 10.1 y 10.7	117
3.4.8	Incompatibilidad entre la lógica de las decisiones de los laudos arbitrales del CIADI y la lógica del buen vivir	118
Conclusiones		121
Recomendaciones.....		126
Referencias		128
Anexos.....		138

Introducción

Esta investigación contiene un análisis exhaustivo de los distintos matices referentes a las compatibilidades e incompatibilidades que puedan encontrarse y detallarse entre el Buen Vivir y los tratados bilaterales de inversión (TBI). Este trabajo de titulación, se centra en la compatibilidad del Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017 con los TBI. Se ha incluido al mencionado Plan en el título de esta investigación, debido a que el mismo, constituye el instrumento mediante el cual se materializan las políticas de Estado con el fin de alcanzar el Buen Vivir.

Dicho esto, la investigación debe ser entendida como un aporte a la academia de un análisis necesario, el cual no ha sido debatido anteriormente, concerniente al Buen Vivir, como concepto ideológico, como conjunto de derechos constitucionales, como régimen de desarrollo y como fin primordial del Estado y, su compatibilidad con los TBI, como instrumentos liberalizadores y globalizadores de la economía.

Para esta investigación se ha analizado doctrina referente al Buen Vivir y al *Sumak Kawsay* y a los TBI, al igual que se ha recopilado información relevante a los derechos fundamentales. Además, se ha realizado un análisis constitucional, principalmente de los Derechos del Buen Vivir, Régimen de Desarrollo y Régimen del Buen Vivir. También, se ha contado con entrevistas a personajes como Alberto Acosta, defensor e impulsor del Buen Vivir. Se ha analizado los Planes para el Buen Vivir 2009 – 2013 y 2013 – 2017. Además, se ha investigado el estado procesal de todos los TBI que el Ecuador tiene firmados. Finalmente, se ha incluido jurisprudencia de algunos fallos de arbitraje internacional relativos a diferencias relacionadas con inversiones extranjeras en el Ecuador.

De esta forma, el primer capítulo presenta todas las claves teóricas necesarias para comprender la investigación desarrollada, en especial lo relativo al Estado de derechos y justicia, todo lo relacionado a los derechos fundamentales, al Buen Vivir y al *Sumak Kawsay* y a los TBI. El segundo

capítulo presenta el marco jurídico e institucional de los Derechos del Buen Vivir, del Régimen de Desarrollo y del Régimen del Buen Vivir, al igual que explica el Plan Nacional para el Buen Vivir y detalla la normativa aplicable a los temas de inversiones internacionales. Finalmente, el tercer capítulo analiza de manera detallada los puntos de compatibilidad e incompatibilidad del Buen Vivir (expresado mediante el concepto ideológico, los Derechos del Buen Vivir, los Regímenes de Desarrollo y del Buen Vivir, y el Plan Nacional del Buen Vivir) con los TBI, al igual que menciona los distintos puntos conceptuales entre la lógica de laudos arbitrales concernientes a diferencias en materias de inversiones, con la lógica filosófica del Buen Vivir.

Capítulo I: Marco Teórico

1.1 Introducción

Este capítulo desarrolla las claves teóricas necesarias para comprender el tema central de la investigación con la finalidad de que el lector conozca la importancia de las mismas como base principal para el tema abordado. De esa forma, se define en primer lugar, qué es el Estado de derechos y justicia consagrado en la Constitución de la República. Posteriormente se abordan a los derechos fundamentales para comprender su importancia y su primacía indiscutible sobre cualquier otro derecho.

Se estudia a profundidad todos los elementos de los derechos fundamentales, su historia, características, fuentes, entre otros. Luego se define y se analiza al Buen Vivir como concepto ideológico y al *Sumak Kawsay* como alternativa al desarrollo, con el objetivo de presentar al lector la diferencia de ambas ideas que serán claves esenciales para el análisis de la investigación. Se estudia el régimen económico ecuatoriano, en especial lo relativo a la economía popular y solidaria. Finalmente, se presentan todas las claves teóricas necesarias para comprender los tratados bilaterales, su concepto, antecedentes, objetivos y cláusulas.

1.2 Estado Constitucional de Derechos y Justicia

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Constitución de la República, 2008, art. 1). Para comprender esta nueva definición de Estado, es necesario separar el concepto y analizarlo en tres fases. Primero, es oportuno definir qué es Estado constitucional, luego continuar con la aproximación a la definición de Estado de derechos, para terminar con un concepto de Estado de justicia. Para esto se utilizará como fundamento los aportes del jurista ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría, quien ha abordado extensamente los mencionados temas en varias obras de su autoría.

1.2.1 Estado Constitucional

A diferencia del Estado de derecho, el Estado constitucional rige su existencia a la Constitución. Todo acto estatal debe respetar la Constitución. “La Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder” (Ávila, 2008, p.22). En el Estado constitucional, la persona es el eje central, y no la ley, como en el Estado de derecho, de ahí que en el Estado constitucional, la mayor importancia la tienen los derechos de las personas, antes que la ley. Toda norma jurídica debe respetar los derechos consagrados en la Constitución. Finalmente, en el Estado constitucional, cualquier individuo tiene el derecho de exigir la aplicación directa de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

1.2.2 Estado de Derechos

A diferencia del Estado de derecho, el Estado de derechos somete a todo poder, público y privado, a los derechos reconocidos en la Constitución. El poder emana de las personas y de los pueblos. Todas las normas se rigen bajo los derechos constitucionales. En el Estado de derecho, la ley somete al Estado, mientras que en el Estado de derechos, los derechos son los que someten al Estado (Ávila, 2008, p.29). En el Estado de derechos, el fin último del Estado es el reconocimiento, la promoción y la garantía de los derechos constitucionalmente establecidos.

Existen dos enfoques respecto al reconocimiento del Estado de derechos: la pluralidad jurídica y la centralidad de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado (Ávila, 2008, p.29). En cuanto a la pluralidad jurídica, en el Estado de derechos, los sistemas jurídicos y las fuentes de los derechos se diversifican, es decir, cambia la concepción de que el único sistema jurídico válido es el formal (Ibídem, 2008, p.33). Es así por ejemplo, que la Constitución de la República reconoce la justicia indígena (art. 171) con distinta jurisdicción que la justicia ordinaria. Referente a la centralidad de los derechos, el Estado de derechos reconoce que los derechos de las

personas rigen la naturaleza del Estado, antes que el derecho entendido como la ley.

1.2.3 Estado de Justicia

Finalmente por Estado de justicia se debe comprender a la justicia como algo relativo, inherente a cada persona, que no puede ser un concepto absoluto. “La justicia es un término polisémico; tiene tantos significados cuantas aplicaciones se puedan imaginar” (Ávila, 2008, p.23). Así, pueden existir normas legamente establecidas pero que no sean justas, al igual que sentencias legales y legítimas, pero injustas. De ese modo, la Constitución de la República del Ecuador define al Estado como constitucional de derechos y justicia para recalcar la importancia de la justicia como valor intrínseco de cada decisión, norma y actuación estatal.

1.3 Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales son la base de la presente investigación puesto que, como se verá, los Derechos del Buen Vivir son derechos fundamentales, y deben ser comprendidos a profundidad para entender su primacía sobre cualquier otro tipo de derecho.

1.3.1 Aproximaciones a la definición de derecho fundamental

Muchos han sido los autores, filósofos, juristas y demás, que han aportado con su definición sobre derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli acertadamente establece que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (2001, p.19).

Queda claro que los derechos fundamentales pertenecen a todos los seres humanos, sin embargo, se debe mencionar que la Constitución de la República del Ecuador reconoce derechos fundamentales a la naturaleza, que no es persona. No se abordará esta problemática, puesto que comprende tema

de otra investigación, simplemente se menciona como hecho interesante y se deja abierta la puerta para el debate.

Derechos fundamentales son también aquellos que están garantizados constitucionalmente a los ciudadanos (Pérez Luño, 2011, p.40). Éstos derechos se encuentran establecidos en la Constitución no solamente para obtener el carácter de derecho fundamental, sino también para que se conviertan en normas vinculantes, de máxima fuerza jurídica por su carácter constitucional (Pérez Tremps, 2004, p.38). Al ser normas constitucionales su acatamiento se convierte en obligación para todos, e incluso todas las demás normas de cualquier índole, deberán respetar y regirse a los derechos fundamentales, ratificando y respetando la supremacía constitucional.

Los derechos fundamentales se convierten en la medida básica que debe ser utilizada para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico (Ibídem, p.25). No solo las demás normas deben regirse a los derechos fundamentales, sino que además los derechos fundamentales deben ser utilizados para la interpretación que se pueda dar a las demás normas. Los derechos fundamentales incluyen principios constitucionales. Son garantías mínimas de las personas y constituyen limitaciones para el poder estatal.

1.3.2 Historia de los Derechos Fundamentales

1.3.2.1 Derechos Fundamentales en las Primeras Constituciones

La historia de la humanidad ha demostrado un proceso evolutivo de los derechos fundamentales. Realizando un estudio histórico, resulta acertado retrotraerse a finales del siglo XVII, cuando en Inglaterra se presentan las primeras formulaciones jurídicas de los derechos fundamentales en el documento conocido como *Bill of Rights*, en 1689. Dicho documento constituye uno de los precedentes más importantes de las siguientes declaraciones de derechos (Ibídem, p.12).

Varios años después, en 1776, aparece la Declaración de Derechos de Virginia, considerada como la primera declaración de derechos humanos

moderna. Así, a finales del siglo XVIII, en los Estados Unidos de América, se hace mención a la importancia de los derechos fundamentales en la aprobación de las diez primeras enmiendas a la Constitución de 1791. Finalmente, en Francia se reconocen los derechos fundamentales de los ciudadanos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Ibídem, p.13).

1.3.2.2 Derechos Fundamentales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Los derechos fundamentales son reconocidos *prácticamente* en su totalidad, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, luego de la Segunda Guerra Mundial. Como se evidencia en la actualidad, nuevos derechos con el carácter de fundamental han aparecido y creado un mayor compendio de derechos fundamentales. La Declaración de 1948 sobre derechos humanos es un hito histórico en el reconocimiento de las garantías mínimas de los habitantes de un Estado constitucional de derecho.

Se puede decir que los derechos fundamentales son entendidos como derechos humanos, pero no necesariamente es cierto. Se debe realizar una diferenciación entre ambos. Por ejemplo, para Antonio Pérez Luño, “los derechos fundamentales son una categoría descriptiva de los derechos humanos positivados en el ordenamiento jurídico” (2011, p.47). Es decir, los derechos fundamentales constituyen, en esencia, derechos humanos plasmados por escrito en la Constitución, al referirse a los mismos como derechos positivados en el ordenamiento jurídico.

Robert Alexy¹ (2010, p.31) establece que solo hay un concepto sustancial de derechos fundamentales correcto, que es el concepto de derechos humanos. Los derechos fundamentales pueden ser entendidos como derechos humanos, y viceversa. Además, Alexy (Ibídem, p.32) agrega que el fundamento de los derechos fundamentales es en esencia la justificación de los

¹ Filósofo y jurista Alemán, creador de la Teoría de los Derechos Fundamentales. Su estudio se basa en las normas establecidas en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, equivalente a la Constitución de ese país, y en especial, en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Dicha teoría ha sido la base para desarrollar distintos estudios acerca de los derechos fundamentales.

derechos humanos. En otras palabras, la justificación de los derechos fundamentales compone el fondo de los derechos humanos, es decir, representan la razón de ser de los derechos humanos.

Resulta oportuno a esta altura, realizar un pequeño paréntesis, puesto que al hablar de derecho fundamental y derechos humanos como el mismo derecho, se estaría cayendo en una incongruencia manifiesta con la Constitución ecuatoriana, ya que la misma presenta como derechos fundamentales a los de la naturaleza, los cuales claramente no son derechos humanos.

Retomando, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas representa la positivización internacional de los derechos humanos considerados derechos fundamentales. Esta Declaración:

(...) constituye la base sobre la cual se ha construido el andamiaje normativo e institucional del sistema de protección internacional de los derechos humanos y su contenido ha influido cada vez más en el constitucionalismo moderno (Hermida, 2009, p.ix).

Incluso, estos principios han sido ratificados en varias declaraciones alrededor del mundo, y en especial fueron reforzados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria, en 1993 (Ibídem, p.ix).

En conclusión, los derechos fundamentales han evolucionado a lo largo de la historia de la misma manera que los seres humanos han avanzado en su lucha continua para establecer la importancia sustancial de estos derechos en el ordenamiento jurídico. Los grupos marginados de la sociedad, en especial, han sido los actores más importantes en esta lucha incansable contra el poder desmesurado de ciertos gobernantes. No se puede entender hoy en día, que estos derechos fundamentales no sean reconocidos en cualquier organización social. Se debe considerar también que la lucha a la que se refiere Ferrajoli², constituye un constante trabajo de los seres humanos para que sus derechos fundamentales sean reconocidos como tales.

² Referente a la lucha de los grupos sociales más débiles o los marginados, contra los grupos sociales y económicos más fuertes.

1.3.3 Características de los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos (Ferrajoli, 2001, p.31).

Primero, son indisponibles pues forman derechos inconciliables que no admiten conciliación entre las partes, en este caso entre el Estado y sus habitantes, para su reconocimiento. Indisponibles también significa que estos derechos son irrenunciables, lo cual incluye que los seres humanos no son capaces de renunciar a un derecho fundamental por su propia decisión.

Son inalienables en el sentido que no pueden ser sujeto de enajenación, transmisión de cualquier clase, venta o cesión consensuada entre particulares, ni cualquier otro tipo de transferencia, puesto que su goce y protección abarca a todo el género humano, y por lo tanto, es inconcebible, por ejemplo, que el derecho a la vida o a la libertad sea transferido entre personas, como si se tratara de un derecho patrimonial o real.

Son inviolables pues no pueden ser violentados de ninguna forma. La no violación a estos derechos incluye un respeto total hacia los mismos, por parte tanto de los seres humanos como de los Estados. Incluso, la inviolabilidad de los derechos fundamentales obligan al Estado no solamente a garantizar su aplicación sino que también lo imponen deberes de protección y hasta el deber de sancionar (Alexy, 2007, p.8).

Son intransigibles ya que no son sujetos de transacción. Por ende, un derecho patrimonial, por ejemplo, es un derecho plenamente transigible, es decir, sujeto de transacción.

Finalmente, son personalísimos, puesto que son derechos inherentes a la personalidad, es decir a la persona. Por ejemplo, el derecho a la honra es un derecho fundamental inherente a cada ser humano. Los derechos fundamentales son también irrenunciables, intransferibles y en especial, absolutos, en el sentido de que los mismos rigen para todos por igual.

1.3.4 Fuentes de los Derechos Fundamentales

Las fuentes de los derechos fundamentales, según Pérez Tremps (2004, pp.19-25), pueden ser entendidas como las normas jurídicas que regulan estos derechos. Para dicho autor, las fuentes se dividen en Constitución, leyes, reglamentos y los tratados y convenios internacionales.

La Constitución es la norma central de cualquier ordenamiento jurídico³. La primera función que cumple es determinar específicamente cuáles derechos fundamentales. Además, la Constitución proclama la eficacia directa de esos derechos (Pérez Tremps, 2004, p.20), reconoce su aplicabilidad inmediata por parte de cualquier autoridad estatal.

La ley por su parte compone otra fuente de los derechos fundamentales. Es la encargada de regular los derechos fundamentales y aparece como garantía democrática de dicha regulación (Ibídem, p.21). En otras palabras, la ley se encarga de poner en práctica lo que la Constitución ordena, es el vehículo que permite transportar los conceptos constitucionales de la teoría a la práctica.

Los reglamentos constituyen otra fuente de los derechos fundamentales, sin embargo, éstos deben ser entendidos como fuente secundaria, pues no es posible crear o reconocer un derecho fundamental por medio de un reglamento. Los reglamentos colaboran en la aplicación y promoción de derechos fundamentales, pero no como fuentes primarias de los mismos. Las normas reglamentarias entonces no pueden regular derechos fundamentales, sin embargo, si pueden afectarlos (Ibídem, p.22).

Finalmente, los tratados y convenios internacionales son también fuentes de los derechos fundamentales. Al hablar de tratados internacionales como fuente de los derechos fundamentales se refiere en especial a los tratados sobre derechos humanos.

³ Entiéndase ordenamiento jurídico del mundo occidental, ya que en el mundo islámico, por ejemplo, el Corán es la norma central.

1.3.5 Positivización de los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales aparecen como la fase más avanzada del proceso de positivización de los derechos naturales, proceso que según afirma Pérez Luño (2011, p.39), tiene su punto intermedio de conexión en los derechos humanos. En otras palabras, y según la teoría, los derechos naturales, entendidos como los derechos que gozan los seres humanos por el simple hecho de ser personas, se ven plasmados por escrito en las constituciones, para convertirse en garantías constitucionales. Alexy (2010, p.32) afirma que los derechos fundamentales no pueden ser reconocidos como derechos humanos sin una base escrita de los mismos.

Ahora bien, no es suficiente que los derechos fundamentales se encuentren estipulados en el ordenamiento jurídico de un Estado, sino que además deben gozar de una institucionalización que permita ejercerlos de manera directa y eficaz. En otras palabras, los derechos fundamentales, según la lógica del Alexy, no pueden ser considerados derechos humanos mientras no se encuentren expresados en normas positivas de derecho e institucionalizados y materializados en políticas públicas.

Peces-Barba dice que “no pueden existir derechos fundamentales que no hayan sido reconocidos por el ordenamiento jurídico estatal” (en Pérez Luño, 2011, p.46). En otras palabras, y teniendo en cuenta lo establecido por los mencionados tratadistas, se puede decir que es requisito indispensable que los derechos fundamentales estén estipulados en los ordenamientos jurídicos de los Estados, de lo contrario, su reconocimiento, exigibilidad y cumplimiento sería inaplicable. A pesar de lo mencionado, es importante saber que en el Ecuador, no es necesaria la positivización de los derechos fundamentales.

Se debe mencionar que en el Ecuador, la positivización de los derechos fundamentales no constituye elemento necesario para que los mismos sean reconocidos. La Constitución de la República reconoce que los derechos serán plenamente exigibles y justiciables, y no admite alegación de falta de norma positiva para justificar la violación o el desconocimiento de los mismos (art.

11.3). En otras palabras, no es requisito tener por escrito a los derechos fundamentales para que sean exigibles, contrarrestando así las teorías antes presentadas.

1.3.6 Protección estatal de los derechos fundamentales

El Estado es responsable de velar por el bienestar de los individuos que lo componen. De igual forma, deben existir limitaciones concretas al poder estatal, y para algunos autores, los derechos fundamentales constituyen justamente eso. Por ejemplo, Carl Schmitt y Ernst Forsthoff (en Alexy, 2010, p.31), sostienen que los únicos derechos fundamentales genuinos son los de defensa del ciudadano contra el Estado. Los derechos fundamentales son también objetivos a perseguir y proyectos de justicia, sin que esto, de ninguna manera, los prive de su función limitadora del Estado (Grimm, 2006, p.40).

Si bien los derechos fundamentales responden a un sistema de garantías de los ciudadanos, también componen una garantía especial que limita el poder del Estado. Es así que el Estado se convierte en el principal responsable de exigir su cumplimiento, al mismo tiempo que se ve limitado en su poder de acción por éstos. Los derechos fundamentales son garantías para las personas, y a la vez, limitaciones para los Estados.

Al establecer que los derechos fundamentales son derechos constitucionales de máxima jerarquía, no se puede concebir entonces, que existan otros derechos constitucionales que se menoscaben entre ellos, es decir, una vulneración de un derecho constitucional por parte de otro derecho constitucional. En efecto, no puede formar parte del contenido constitucional de algún derecho fundamental, la pretensión de vulnerar a otro derecho fundamental, es decir, infringir un derecho fundamental invocando la defensa de otro (Castillo Córdova, 2008, p.34).

Para entenderlo de mejor manera, no es posible transgredir, por ejemplo, el derecho al buen nombre que tiene una persona, aludiendo que existe el derecho a la libertad de expresión, puesto que en ese punto se estaría violando un derecho fundamental, invocando el ejercicio de otro, y eso, según

la teoría y la doctrina, no es admisible⁴. Tampoco es admisible que el Estado ejerza poder de decisión sobre la aplicación de derechos fundamentales, humanos o constitucionales, debido a las características de los mismos, expresados anteriormente.

Lo que sí es admisible y de hecho conforma una obligación estatal, es que el Estado sea el encargado de exigir y vigilar el cumplimiento de estos derechos, y además el obligado a sancionar la violación de alguno de estos derechos por parte de cualquier individuo, persona jurídica, o incluso cualquier otro Estado.

En consecuencia y de conformidad con lo analizado, los derechos fundamentales cuentan con el apoyo estatal en todas sus formas. Primero, están en la Constitución de la República. Segundo, su exigibilidad y reconocimiento constituyen elementos esenciales en el Ecuador como un Estado de derechos. Tercero, comprenden un sistema de prestaciones que garantizan a las personas derechos personalísimos y necesarios para su desenvolvimiento como seres humanos.

Como cuarto punto, representan una serie de limitaciones al poder estatal que protege a los ciudadanos. Quinto, constituye una obligación para el Estado sancionar a quienes los violen o transgredan de cualquier forma. Finalmente, representan normas básicas de convivencia social que permiten a las personas gozar de una vida digna y desenvolverse en un Estado que asegure el respeto de estos derechos mediante instituciones que los apliquen y garanticen y que sancionen a quienes no los cumplen.

1.4 Buen Vivir y *Sumak Kawsay*

1.4.1 Introducción

No existe una definición exacta de lo que realmente significa el Buen Vivir. Simplemente se han desarrollado varios conceptos, semejantes entre sí, que tratan de explicarlo de una manera que sea entendible a las personas. Sin

⁴ Esto sin perjuicio de la responsabilidad ulterior existente de conformidad con la Ley Orgánica de Comunicación publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013.

embargo, la relatividad de los conceptos convierten a la definición del Buen Vivir en algo plenamente subjetivo, inmensurable en indicadores matemáticos, cifras o datos numéricos y por lo tanto, relacionado con la concepción individual de cada persona.

Se debe realizar una diferenciación de Buen Vivir y *Sumak Kawsay*. Si bien ambos conceptos son entendidos por muchos autores como sinónimos, la realidad es que representan distintas concepciones. La misma Constitución de la República considera como al *Sumak Kawsay* como traducción, y por ende sinónimo, del Buen Vivir⁵. En los siguientes párrafos se presenta al Buen Vivir y al *Sumak Kawsay* como un solo concepto para comprenderlo de mejor manera. La diferenciación de la que se habla será abordada más adelante, puesto que constituye un elemento esencial para concluir con el tema principal de la investigación.

El Buen Vivir como ideología de vida no es algo nuevo. Ahora bien, el Buen Vivir como concepto innovador planteado en la Constitución de la República del Ecuador vigente tiene antecedentes históricos que causaron este replanteamiento de una concepción ideológica de vida, este cambio de paradigma. Para esto es necesario abordar un tema fundamental: la globalización.

1.4.2 La Globalización como antecedente histórico a la construcción del concepto “nuevo” del Buen Vivir

La globalización es un proceso de universalización de la economía y desterritorialización conforme con la cual las distancias y fronteras han perdido el significado que tenían (Ezequiel Ander-Egg, 2010, p.76). La universalización de la economía ha traído efectos negativos para aquellos países que no tienen

⁵ Se presenta al Buen Vivir como sinónimo del *Sumak Kawsay* en el preámbulo (Decidimos construir: Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el **Buen Vivir, el Sumak Kawsay**;) y en los arts. 14 (Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el **Buen Vivir, Sumak Kawsay**.), 275 (El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización **del Buen Vivir, del Sumak Kawsay**.) y 387.2 (Art. 387.- Será responsabilidad del Estado: 2. Promover la generación y producción de conocimiento, fomentar la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización **del Buen Vivir, al Sumak Kawsay**).

una economía suficientemente desarrollada, puesto que se han visto depredados por las grandes economías que buscan, casi siempre, expandir sus fuerzas. De hecho, la globalización de la economía representa, por lo general, un mejoramiento en la calidad de vida de las personas más ricas que de los grupos menos favorecidos.

La globalización tiene sus inicios a finales del siglo XV, sin embargo, crece de manera acelerada durante el siglo XX debido a los avances tecnológicos de la época (Ibídem, p.57). A partir de la segunda mitad del siglo XIX, se empieza a formar una economía a escala internacional, que inicia con la expansión del comercio a nivel mundial mediante exportaciones de países como los Estados Unidos de América, Canadá, Nueva Zelanda, Argentina y Uruguay de productos agrícolas, en especial de carnes, granos y lanas. Más adelante, a finales del siglo XIX, países tropicales productores de banano, café y cacao juegan un papel importante en el comercio internacional. Finalmente, ya entrado el siglo XX, ingresan al mercado mundial países productores de minerales no ferrosos como cobre, estaño, petróleo, entre otros (Ibídem, p.67).

Esta evolución del comercio internacional genera una economía a nivel mundial que obliga a los países a formar parte de la misma como una condición esencial para formar una sociedad desarrollada, de acuerdo al sistema capitalista. Durante la internacionalización de la economía, se produce una asincronía; mientras los países desarrollados generaron un mayor poder de compra en los países periféricos, éstos no lograron generar ese poder en los países industrializados, entendiéndose a los países desarrollados o industrializados como los países del norte⁶, y a los periféricos como los del sur⁷, con contadas excepciones (Ibídem, p.69).

Luego, a partir de los años ochenta, la globalización sufre una acelerada expansión en donde las empresas multinacionales y los inversionistas extranjeros juegan un papel fundamental en la circulación internacional de capitales. Así, en 1990, las autoridades de los países industrializados se

⁶ Entiéndase a estos como los países "occidentalizados", principalmente los países Europeos y los Estados Unidos de América.

⁷ Principalmente países coloniales en América del Sur, Asia y África.

reúnen en el denominado Consenso de Washington y establecen una serie de medidas para el buen funcionamiento de la economía mundial, entre las cuales se propone una liberalización de las tasas de interés para atraer capitales y fomentar el ahorro interno, una liberalización del comercio internacional con plena apertura de fronteras y una liberalización de la entrada de inversiones extranjeras directas (Ibídem, p.75).

Este acuerdo buscaba que los países industrializados tengan un campo abierto para sus inversiones en los países en vías de desarrollo, de tal manera, que se produzca una fuerte movilización de capitales de los unos a los otros, para de esa forma generar riquezas y obtener beneficios solamente para los países desarrollados y no necesariamente para los menos desarrollados (Ibídem, p.78).

Este tipo de acuerdos entre países industrializados camuflados por la globalización constituyen una de las causas para que la presente crisis socioeconómica mundial haya llevado a los países periféricos (en especial los países latinoamericanos) a replantearse el sistema de desarrollo que siguen, y de esa forma han aparecido alternativas innovadoras como el Buen Vivir.

En conclusión, la globalización representa un antecedente para el surgimiento del Buen Vivir como alternativa de vida puesto que saturó a los países menos desarrollados. Por lo mencionado, se puede decir que la globalización económica, representada por la inversión extranjera, sin el debido cuidado y abusando de las ventajas que los países en desarrollo pudieran otorgar, puede no representar una mejoría para su población, por el contrario, puede constituir un fuerte resentimiento social que puede llevar a la oposición de la imposición económica hegemónica y a la búsqueda de soluciones internas para los problemas nacionales, como de hecho ha sucedido en varios países latinoamericanos como Venezuela, Ecuador o Bolivia. La globalización, sin el debido tratamiento, representa un arma de doble filo, puesto que sin duda beneficia a ciertos grupos sociales, pero perjudica a muchos otros.

1.4.3 Otras posibles causas para el surgimiento de la idea del Buen Vivir

El capitalismo, entendido también como el liberalismo y transformado luego en el neoliberalismo, juega un papel preponderante dentro de las consideradas causas de surgimiento del Buen Vivir. El mundo tuvo un giro radical desde la revolución industrial. La forma de producir bienes cambio de una manera abrupta y trajo consigo varios beneficios que brindaron oportunidades de desarrollo a los países que jugaron un papel protagónico en dicha revolución industrial, los países que ahora se conocen como desarrollados o industrializados.

Sin embargo, lo que se pensaba que sería un crecimiento y un desarrollo constante, no fue así. Los modelos civilizatorios hegemónicos, desarrollistas y modernistas, en el mundo durante los últimos siglos, están llegando, si es que no han llegado ya, a su tope y por lo tanto ahora empieza una nueva época de descenso (Huanacuni, 2010, p.29). Estamos frente a una situación en la cual se demuestra claramente que los modelos desarrollistas aplicados por las grandes potencias mundiales basados en el crecimiento económico desmesurado no han logrado superar las inequidades sociales ni revertir el deterioro del planeta (Quirola. 2009, p.109).

Se deben recalcar ciertos hechos históricos para entender algunas de las posibles causas del concepto del Buen Vivir. A nivel mundial, los países desarrollados han tenido, casi siempre, mejores situaciones económicas que los países no desarrollados. Datos estadísticos muestran que los países desarrollados, a pesar de solo representar el 16% de la población mundial, fueron responsables de producir el 73% del Producto Interno Bruto (PIB) mundial en el 2006 (Organización de las Naciones Unidas, 2010). Se puede decir que existe una marcada diferencia entre los países del norte y los del sur⁸, referentes a temas de desarrollo y crecimiento. Sin embargo, como explica Antonio Aledo Tur (en Carpio, 2010, p.118) el desarrollo de los países del norte se ha fundado en el subdesarrollo de los países del sur y en la explotación al máximo de la naturaleza.

⁸ Referirse a las notas de pie de página 6 y 7 de la página 15.

(...) la esclavitud, la destrucción de ecosistemas naturales, la explotación económica y política del sur por el norte; en definitiva, la pobreza estructural y crónica de los países calificados como subdesarrollados está en directa relación con la prosperidad de la que gozamos los habitantes de los países occidentales (Aledo en Carpio, 2010, p.118).

Desde la lógica occidental, el desarrollo implica ganar en desmedro de otro (Huanacuni, 2010, p.55). En definitiva, puede entenderse que los países desarrollados se han aventajado de la necesidad de los países en desarrollo para alcanzar una prosperidad económica. En este punto se puede realizar una comparación directa entre lo que establece el autor Antonio Aledo Tur con lo que sucede en el capitalismo.

En la realidad ecuatoriana, el capitalismo y posterior liberalismo/neoliberalismo han influido severamente como unas de las principales causas para la crisis, no solamente económica, sino también social. Como asegura Erika Sylva Charvet (2013, p.42), ex Ministra de Cultura del Ecuador, desde 1979 se ha dado una fuerte penetración de industrias culturales extranjeras que han reforzado la dependencia del país, la alienación cultural y han ocasionado una ruptura del vínculo entre el ser humano y la naturaleza, debido en gran parte a la expansión del capitalismo extremo.

El capitalismo, en esencia, busca generar riqueza sin considerar factores esenciales para la vida como la naturaleza; de ahí que su modelo de operación, en el Ecuador, es un modelo completamente extractivista, es decir, se basa en la explotación de los recursos naturales. Se puede debatir que el modelo extractivista ha generado una pérdida de soberanía del país (en el manejo de sus recursos naturales) frente a grandes empresas transnacionales que han sido apoyadas por una clase neo oligárquica que vive de los negocios con éstas (transnacionales) y que han penetrado en las estructuras estatales para:

(...) garantizar la perpetuidad del entreguismo nacional impidiendo la democratización de la economía, del Estado y la sociedad, generando la cultura de la corrupción; impidiendo la diversificación de actividades económicas con enfoque en la seguridad alimentaria y en la competitividad de los diferentes territorios y allí por supuesto en la degradación de pueblos y culturas que se absorben en una espiral de pobreza excluyéndoles de los beneficios que los recursos extraídos generan (Carpio, 2009, p.141).

Además del capitalismo extremo, el fuerte modelo extractivista, las desigualdades sociales, la explotación y el abuso de los sectores más vulnerables de la sociedad, y la virtual pérdida de soberanía estatal frente a poderosas empresas transnacionales, existe otra posible causa para el surgimiento del Buen Vivir. El agotamiento de la sociedad frente a políticas económicas y sociales que no han impactado de manera positiva en la mayoría de las personas, sino solamente en una pequeña minoría, es otra causa que debe ser considerada en este análisis.

El cambio civilizatorio es palpable, se encuentra presente en la mayoría de los países del sur. Una mirada a los conceptos que se han generado en Ecuador y Bolivia, dan muestra de la voluntad de sus pueblos de avanzar una propuesta de un cambio civilizatorio radical hacia la puesta en marcha de una alternativa de desarrollo a largo término (I. León, 2010, p.8). Como señala Boaventura de Souza Santos:

Los contenidos de las constituciones de Bolivia y Ecuador provienen de una gran debate civilizatorio. ¿Cómo podríamos nosotros pensar que los pueblos olvidados, los pobres ignorantes, inferiores, como eran los indígenas, tendrían una presencia conceptual en esta Constitución del Ecuador tan fuerte, que es orgullo de todos los progresistas del mundo? ¿De dónde viene la palabra Pachamama, de dónde viene el *Sumak Kawsay* que nosotros nos apropiamos? Estamos aprendiendo de ellos y esa es la gran riqueza de este debate civilizatorio (2010, p.21).

El Buen Vivir no es nuevo. Sin embargo, el enfoque y la importancia que se le ha dado a esta nueva concepción de entender la vida, constituye un cambio de paradigma total y completo de lo que hasta entonces se consideraba al desarrollo. El *Sumak Kawsay* es una de las críticas más fuertes y radicales que se ha realizado a los paradigmas de crecimiento económico por la vía de los mercados, y a la noción de desarrollo como solución histórica a los problemas de los seres humanos (Dávalos, s/a, p.38).

1.4.4 Aproximaciones a las distintas definiciones del Buen Vivir y *Sumak Kawsay*

El concepto ancestral indígena de donde nace el Buen Vivir es el *Sumak Kawsay*. Muchas veces se entiende al Buen Vivir como el vivir dignamente. Al

ser un concepto tan relativo, no deja de presentar una serie de concepciones diferenciadas de qué se puede considerar una vida digna. Esto se debe principalmente a que todos los seres humanos somos únicos, y al ser únicos somos diferentes, por ende, un concepto universal de vida digna es como un concepto universal de religión o de ideología, siempre existirán diferencias de pensamiento y de apreciaciones.

Varios autores nacionales y extranjeros definen al Buen Vivir. Por ejemplo Mariano Morocho (2010, p.138) menciona que en los diccionarios antiguos de kichwa, *Sumak Kawsay* significa: una vida hermosa o vivir hermosamente. Para Marena Briones Velasteguí (2010, p.145), la palabra *sumak* representa a lo ideal, lo hermoso, lo bueno, la realización, y la palabra *kawsay* significa vida, por ende, se traduce que al *Sumak Kawsay* como el Buen Vivir.

Pero existen otras acepciones, *Sumak Kawsay* significa también vivir en armonía no solamente con la *Pachamama*⁹, sino con uno mismo y con los demás. Se puede entender que el *Sumak Kawsay* entonces representa un modelo en oposición a la crisis, la violencia de sistemas, la desigualdad, las disparidades económica, la destrucción y la imposición, es una idea comunitaria de convivir en armonía con la naturaleza como una respuesta a las necesidades actuales de la sociedad (Morocho, 2010, p.138).

Para René Ramírez (2010, p.139) el Buen Vivir es un concepto que sigue en construcción, complejo, no lineal, es decir que es completamente móvil y que está en constante modificación.

Por Buen Vivir entendemos la satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas (Ramírez, 2010, p.141).

Es decir, el *Sumak Kawsay* no es solamente un modelo de desarrollo como se piensa, sino más bien un modelo de vida como tal, que busca la satisfacción de las necesidades humanas básicas para una vida estable y digna.

⁹ Significa "Madre Tierra"; del kiwcha "Pacha", que significa tierra o mundo, y "Mama", madre.

Este modelo de vida trata de rescatar ideas ancestrales de los pueblos y nacionalidades indígenas y amazónicas. El Buen Vivir es un paradigma comunitario basado en la vida en armonía y equilibrio con el entorno (Huanacuni, 2010, p.27). Como dice Alberto Acosta (2010, p.100), el Buen Vivir recoge lo mejor de las prácticas, sabidurías y conocimientos de las distintas nacionalidades indígenas y presenta al mundo una discusión de una propuesta diferente, un planeta diferente, sustentable en términos ambientales, sociales y económicos.

El Buen Vivir busca aplicar la sabiduría de los indígenas ancestrales para resolver problemas existentes en la actualidad. Significa la recuperación de la herencia dejada por nuestros antepasados, su experiencia y su historia, y transformarlas en uno de los elementos que se integra al gran debate mundial que busca una forma de vida más humana, más apegada a la naturaleza (Acosta, 2010, p.100).

En contraste con los conceptos presentados del Buen Vivir, encontramos por ejemplo que para Fernando Huanacunin Mamani (2010, p.39), el vivir bien puede ser entendido como sinónimo de Buen Vivir, sin embargo, realiza una diferenciación interesante al establecer que en el vivir bien, lo más importante no es el ser humano ni el dinero, sino la armonía con la naturaleza y la vida, y que estos elementos son la base para salvar a la humanidad y al planeta tierra de los peligros que representan las minorías sumamente egoístas, refiriéndose a los grandes capitalistas.

Esta diferenciación radica en la concepción del Buen Vivir y vivir bien, puesto que para el primero (Buen Vivir) el ser humano representa el centro del universo y el factor más importante en la vida de un Estado; mientras que para el vivir bien, lo más importante radica en la armonía con la naturaleza, y puede ser entendida incluso como una idea distinta que no necesariamente coloca al ser humano como centro del universo, sino que de cierta forma lo desplaza a un segundo plano. Sin embargo, el fondo del concepto de Huanacunin implica una relación armoniosa con la naturaleza, concepto totalmente distinto al hasta

ahora aplicado, en el cual predomina la explotación a la madre tierra para obtener recursos y de esa forma generar riqueza.

El Buen Vivir implica un cambio en el paradigma actual. Es necesario realizar un breve estudio histórico de la evolución de la humanidad respecto a la visión de desarrollo directamente relacionada con el capital, para entender de mejor manera las distintas causas que tienen como consecuencia el cambio de paradigma social y que resultan fundamentales para comprender a fondo la razón para el apareamiento de la idea del Buen Vivir.

1.4.5 Cambio de paradigma: del capitalismo al Buen Vivir

El Buen Vivir constituye un cambio del paradigma de desarrollo. Representa una concepción distinta de la forma de ver la vida. No solamente cambia el enfoque de los seres humanos hacia la noción de vivir bien, sino que moldea una idea que si bien es ancestral, es a la vez, completamente nueva, de tal forma que se cambie el paradigma hasta ahora conocido y aceptado: riqueza económica es sinónimo de bienestar, tanto para personas como para países. El Buen Vivir plantea un cambio en este sentido ya que el dinero deja de ser lo primordial, y de la misma forma, la riqueza deja de ser medida en dinero.

Este cambio en la forma de pensar de las personas es paulatino, no repentino. Surge como consecuencia de las causas antes expresadas en los puntos 1.4.2 y 1.4.3, del presente capítulo, y en especial como una respuesta a un modo de vivir completamente individualista y explotador de la naturaleza al máximo.

La visión de desarrollo cambia en la lógica del Buen Vivir. El desarrollo como tal no necesariamente es considerado como el incremento en la economía de un país, sino como la completa satisfacción de las necesidades humanas de los habitantes de un Estado para una vida digna, según lo establecido en el mismo Plan Nacional para el Buen Vivir. El modelo de desarrollo capitalista, por lo general, busca el mejoramiento de las condiciones y de la calidad de vida de unos a costa de otros, no un mejoramiento generalizado de todas las personas. El Buen Vivir por su parte, busca el

mejoramiento de las condiciones y de la calidad de vida de todos los ecuatorianos. Existe un sentimiento comunitario, es decir se deja al individualismo aparte, respetando la naturaleza, prefiriendo lo interno a lo externo, y siempre poniendo al ser humano como el elemento más valioso del país (Senplades, 2013).

1.4.6 Desarrollo según el antiguo paradigma neoliberal

El progreso para el capitalismo es el bienestar, más no el Buen Vivir. La noción de desarrollo en el capitalismo puede ser incompatible con la del Buen Vivir. Bienestar y Buen Vivir son dos temas completamente distintos, pues el bienestar se refiere enteramente a lo individual, mientras que el Buen Vivir a lo colectivo, lo comunitario. Con lo que sí se puede asemejar el bienestar es con la idea del vivir mejor, que no es igual a vivir bien. Su principal diferencia radica en que para vivir mejor es necesario que existan otros que vivan peor, es decir, debe haber una comparación con el prójimo para poder concluir quiénes viven mejor y quiénes peor.

El vivir mejor implica que un grupo de la sociedad concentre el poder económico. Para que se presente una acumulación del poderío económico, es necesario, por simple lógica, que exista un grupo de la sociedad que no sea parte del grupo dominante, en otras palabras, es necesario que haya una clase obrera trabajadora que sea la que genere los ingresos a la clase económicamente dominante, esto desde una lógica meramente capitalista. Por ejemplo, en la Revolución Industrial se evidenciaba que existía un grupo de obreros que trabajaban para la clase social dominante, es decir, para que los ricos puedan vivir mejor, era necesario que exista un grupo de pobres que trabajen para los ricos, y que no vivan igual de bien.

La competencia constituye uno de los principales factores de la sociedad occidentalizada ya que no busca un mejoramiento colectivo sino individual. Ésta lógica desarrolla Huanacuni (2010, p.48) al establecer que la humanidad está sumida en el vivir mejor, y no en el Buen Vivir, puesto que vivir mejor implica ganar más dinero y tener más poder que el otro, es decir una

competencia constante por el éxito y el desarrollo personal, no colectivo. En otras palabras:

(...) el vivir mejor significa el progreso ilimitado, el consumo inconsciente; incita a la acumulación material e induce a la competencia; una competición con los otros para ser mejor y tener cada vez más, para crear más y más condiciones para vivir mejor. Sin embargo, para que algunos puedan vivir mejor, millones y millones tienen y han tenido que vivir mal. Es la contradicción capitalista. En la visión del vivir bien¹⁰, la preocupación central no es acumular (Huanacuni, 2010, p.49).

El paradigma de que las personas deben siempre competir para ser mejores que su prójimo, ha causado que la sociedad configure un modelo de ser humano completamente egoísta, interesado y abusador; el cambio del que se habla en el Buen Vivir tiene una relación directa con esto: el bienestar colectivo. Según Huanacuni (2010, p.45), la ideología reinante en el mundo actual incita que las personas a siempre querer vivir mejor y disfrutar de una mejor calidad de vida, y asocia la calidad de vida de un país como directamente proporcional al PIB del mismo. Sin embargo, para el Buen Vivir, la vida no se mide en función de la economía como único elemento, sino que se mira la “esencia misma de la vida” (Ibídem, p.37).

Como explica René Ramírez (2010, p.140), mientras la unidad valórica que mida al desarrollo sea la moneda o el dinero, es imposible la construcción de una sociedad diferente para la consecución del Buen Vivir. Es así que el cambio de ideología constituye una concepción distinta de medir el desarrollo, el cual no debe ser simplemente evaluado con el ingreso económico de los países, sino con otros factores, que si bien son altamente relativos, pueden constituirse en simples hechos, como por ejemplo que la totalidad de las personas tengan acceso a servicios básicos, educación, alimentación, vivienda, entre otros.

Una comparación entre el capitalismo y el Buen Vivir resalta la marcada diferencia paradigmática e ideológica entre ambos. El Buen Vivir propone una nueva relación entre el ser humano y la naturaleza, a diferencia del modelo capitalista, que consagra el divorcio entre ambos, al entender a la naturaleza

¹⁰ El autor Fernando Huanacuni Mamani utiliza el término vivir bien como sinónimo de Buen Vivir.

como una mera proveedora de recursos orientados a maximizar la acumulación de riqueza (Charvet, 2013, p.45). Boaventura de Souza Santos establece que “es necesario desaprender algunas cosas que aprendimos para poder crear espacios, porque mucha gente está hablando de *Sumak Kawsay* pero después combina *Sumak Kawsay* con neoextractivismo, con productivismo selvático, no se puede, las dos cosas no van juntas” (2010, p.24).

En otras palabras, es imposible la consecución del Buen Vivir mientras no se reconozca la importancia de mantener una relación armoniosa con la naturaleza. En relación al ser humano, el capitalismo no lo reconoce como elemento fundamental para el desarrollo, sino que considera al capital y al mercado como eje central del desarrollo. Sin embargo, el nuevo paradigma expuesto por la perspectiva propuesta por el Buen Vivir resalta que el ser humano es el eje central y el actor fundamental el cual tiene que vivir en armonía con la naturaleza, y no se puede apostar a la sobreexplotación, y menos aun a la destrucción (Acosta, 2010, p.100).

Los derechos de la naturaleza constituyen uno de los elementos fundamentales para la consecución del Buen Vivir debido a que su reconocimiento garantiza su protección y cuidado (Constitución de la República, 2008, art. 71), y promueve inculcar en los seres humanos un sentimiento de amor y respeto hacia ésta, como requisito imprescindible para el *Sumak Kawsay*. La relación con la naturaleza debe cambiar en su totalidad.

En el capitalismo, las personas civilizadas se creen superiores a la naturaleza, y como consecuencia consideran que pueden disponer de ella a su libre albedrío, es decir, explotarla al máximo para obtener beneficios económicos. Por otro lado, los pueblos que están en armonía con la naturaleza sienten que tienen la obligación de cuidarla, y por esto su propósito de vida social y cultural es ser complementarios con los demás seres de la naturaleza (Oviedo, 2013, p.69).

El Buen Vivir es una concepción distinta de vida. Constituye una ideología de vida distinta a la común, puesto que de cierta forma coloca en

segundo plano los temas relacionados con el capital, y prepondera lo humano, lo social. De esta forma, el Buen Vivir busca que las personas conlleven una vida más feliz, no que las personas tengan más dinero, sino lo suficiente para llevar a cabo una vida digna. Lo suficiente depende mucho de cada uno, lo que es suficiente para uno puede no serlo para otro. Sin embargo, lo mínimo necesario para vivir, es decir alimentación, vestimenta, vivienda, puede considerarse suficiente. En contraste con los modelos de desarrollo del capitalismo, el Buen Vivir no prepondera lo económico, sino que lo integra a una concepción totalitaria de un mejoramiento constante de la calidad de vida de los seres humanos, donde lo económico simplemente representa un elemento más, pero no el principal.

1.4.7 El Buen Vivir como alternativa al/del del modelo capitalista neoliberal de desarrollo

Ahora bien, como se mencionó en líneas anteriores, resulta necesario realizar una diferenciación básica entre Buen Vivir y *Sumak Kawsay* puesto que constituye un elemento esencial el cual servirá de base en la presente investigación para el análisis de compatibilidad entre el Buen Vivir y los tratados bilaterales de inversión. Entonces, si se habla de que el Ecuador busca el Buen Vivir, se puede establecer que se busca una alternativa de desarrollo, mientras que si se habla de que el objetivo primordial del Estado es el *Sumak Kawsay* entonces se estaría considerando al mismo como una alternativa al desarrollo. Esta diferenciación es importante puesto que las conclusiones cambian drásticamente, dependiendo la perspectiva con la que se mire.

Así las cosas, si se considera que el Ecuador busca el Buen Vivir como una alternativa de desarrollo, entonces se puede entender al mismo como una nueva concepción ideológica que busca el desarrollo integral del país y en especial el desarrollo económico, pero respetando los derechos de las personas, comunidades, nacionalidades y de la naturaleza.

Ahora bien, si se considera al *Sumak Kawsay* como objetivo y fin último del Estado ecuatoriano, entonces se puede decir que el mismo representa una alternativa al desarrollo. Al entender al Buen Vivir (en este caso visto como *Sumak Kawsay*) como una alternativa al desarrollo, se debe salir de la lógica neoliberal y se puede decir que el desarrollo económico del país ya no forma un elemento a considerar dentro de los objetivos del mismo. La concepción de desarrollo como tal desaparece, puesto que ya no es un fin del Estado, y más bien alcanzar la vida digna de los habitantes representaría la principal atención del mismo. Aumentando:

(...) se plantea también una ruptura conceptual con la noción de desarrollo, pues el Buen Vivir propone una estrategia a largo plazo que se articula en torno a la reproducción ampliada de la vida. Esto marca una construcción socio-económica distinta de su antítesis: el concepto capitalista de progreso, definido por el crecimiento económico, marcado por la asociación de bienestar con consumo, productividad, competencia y rentabilidad (I. León, 2010, p.11)

En consecuencia, si el Buen Vivir, entendido como *Sumak Kawsay*, es una alternativa al desarrollo, quiere decir que los objetivos del Estado ecuatoriano constituirían solamente que sus habitantes accedan a una vida digna, donde sus necesidades básicas sean atendidas y sus derechos respetados. Así, se estaría cayendo en el campo utópico, puesto que resulta impensable un Buen Vivir que deje de lado el desarrollo integral del país. En otras palabras, debe haber un equilibrio entre desarrollo y Buen Vivir.

Finalmente, esta diferenciación entre Buen Vivir y *Sumak Kawsay* es necesario tener en cuenta para evaluar si la propuesta que presente el Estado constituye una alternativa de desarrollo o una alternativa al desarrollo. De esa forma, las conclusiones referentes al análisis de compatibilidad entre el Plan Nacional del Buen Vivir y los tratados bilaterales de inversión cambiarían dependiendo de cómo se entiende a la propuesta planteada en la actual Constitución de la República, si es el Buen Vivir o el *Sumak Kawsay* lo que se quiere lograr.

1.5 Régimen Económico Ecuatoriano

1.5.1 Economía Popular y Solidaria

El cambio de paradigma contenido en el concepto del Buen Vivir y expresado en los distintos planes nacionales de desarrollo, expone igualmente un cambio en el concepto de la economía. La economía constituye un elemento fundamental para el desarrollo del Estado. Sin embargo, el enfoque que se la da en la Constitución ecuatoriana es distinto a los anteriores enfoques.

La Carta Magna reconoce que existe un sistema económico social y solidario, y reconoce al ser humano como sujeto y fin del mismo (art. 283). De esta forma, se modifica el pensamiento capitalista que propone al fin de la economía como la acumulación de capital, y que todo gira en torno al mercado y a la libre competencia. Así por ejemplo, el octavo objetivo del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2017 es consolidar el sistema económico social y solidario, de forma sostenible.

La nueva propuesta económica es social, promueve la participación democrática de los actores productivos del país y propugna la primacía del trabajo sobre el capital (Grijalva, 2012, p.37). Igualmente, es solidaria puesto que rechaza el individualismo ideológico y la competencia desmesurada entre los actores económicos. Por el contrario, propone una sinergia de los actores económicos basada en la cooperación y en la solidaridad, construye otro tipo de relaciones de producción, intercambio, cooperación y acumulación de capital (Acosta, s/a, p. 8).

La economía popular y solidaria reinventa el concepto de competencia puesto que si bien reconoce su importancia para optimizarla, rechaza la libre competencia sin elementos reguladores que permitan y aseguren una participación igualitaria de todos los ecuatorianos en la economía. Como establece Alberto Acosta (2012, p.68), la libre competencia, sin normas claras para regular los mercados, es propicia para el apareamiento de monopolios y oligopolios. Es decir, una economía capitalista, que promueva solamente la

acumulación de capital y que tenga al mercado como sujeto principal de la misma, es completamente incompatible con la idea de *Sumak Kawsay*.

Grijalva (2012, pp.39-50) expone cinco principios para explicar de mejor manera en qué consiste la economía social y solidaria propuesta en la Constitución del Ecuador, y son los siguientes: 1) el ser humano como sujeto y fin; 2) el equilibrio en la relación sociedad – Estado – mercado; 3) la armonía con la naturaleza; 4) el *Sumak Kawsay*; y 5) la economía social y solidaria y plurinacionalidad (Ibídem).

En síntesis, el cambio de paradigma que plantea el Buen Vivir en la concepción económica del neoliberalismo constituye uno de los principales elementos de esta nueva ideología. Como se ha demostrado, la sociedad debe transitar en un cambio progresivo para la consecución del Buen Vivir. La economía popular y solidaria representa un nuevo modelo en el cual el crecimiento económico no es el único fin de la economía ecuatoriana.

El crecimiento sostenible, que garantice a los ciudadanos una vida digna, incluyente con los sectores marginados y reconociendo nuevas formas de relaciones económicas, como la comunitaria, constituye en esencia el fin de la economía. La generación y acumulación constante de capital es simplemente un medio para la consecución del Buen Vivir. Como establece Acosta “el mayor desafío de las transiciones se encuentra en superar aquellos patrones culturales asumidos por la mayoría de la población que apuntan hacia una permanente y mayor acumulación de bienes materiales” (s/a, p.10).

En consecuencia, el sentimiento comunitario de bienestar colectivo contenido en el concepto ideológico del Buen Vivir se ve plasmado en el reconocimiento de la economía popular y solidaria. La concepción individualista de constante competencia debe cambiar gradualmente, para convertirse en algo del pasado, puesto que ahora debe existir un pensamiento colectivo donde prevalezca el mejoramiento común de la población sobre el enriquecimiento económico individual.

1.6 Tratados Bilaterales de Inversión

1.6.1 Definiciones y Conceptos Básicos

Los tratados bilaterales de inversión o TBI¹¹ son instrumentos jurídicos celebrados o suscritos entre dos Estados, con el fin de promover y proteger las inversiones de los nacionales de un Estado suscriptor en el territorio del otro, de manera recíproca, sin discriminación y garantizando una serie de prestaciones que a continuación serán abordadas. Los TBI son también conocidos como Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI), Acuerdos de Protección Recíproca de Inversiones (APRI) y en varias ocasiones se los menciona como BITs, debido a sus siglas en inglés (*Bilateral Investment Treaties*).

Los TBI constituyen un conjunto de reglas, tanto de derecho interno como internacional, que previenen y sancionan actos públicos que atentan contra la existencia misma de una inversión extranjera de un ciudadano (o empresa) de un Estado suscriptor del TBI en el territorio del otro Estado suscriptor (Linares en Lizarazo, 1997, p.93). Se debe clarificar que los TBI son siempre celebrados entre dos Estados con el fin de proteger inversiones¹² de los inversores nacionales de un Estado suscriptor en el territorio del otro Estado suscriptor.

Los TBI son instrumentos que generan garantías mínimas con la finalidad de ofrecer protección a las inversiones extranjeras en el territorio nacional y de esa forma, promover también futuras inversiones. En esencia, los TBI buscan la protección y la promoción recíproca de las inversiones, considerando que existe un flujo de capitales recíproco entre los dos Estados suscriptores¹³. Los TBI son acuerdos alcanzados por dos Estados soberanos, mediante los cuales se otorga protección tanto para los inversores nacionales

¹¹ En el presente trabajo de investigación se utilizarán las siglas TBI para referirse a los tratados bilaterales de inversión, tanto de manera singular como plural.

¹² Al momento de hablar de inversiones, se hace referencia a las inversiones que los nacionales de uno de los estados suscriptores realiza en el territorio del otro estado suscriptor. En caso de referirse a inversiones nacionales o públicas, se mencionará de manera expresa para que no exista confusión.

¹³ No hace falta señalar que, salvo determinados casos puntuales, este panorama descrito es idílico pues el flujo de capital ciertamente circula del país desarrollado al país en vías de desarrollo y difícilmente a la inversa (Rodríguez, 2005, p. 131).

de cualquiera de ambos Estados, como para la inversión que éstos puedan llevar a cabo en los respectivos territorios, y que principalmente establecen las condiciones de las inversiones que se convertirán en derecho y obligaciones para los Estados y los nacionales que puedan involucrarse en ellos (Rodríguez, 2005, p.128).

Sin duda, los TBI sostienen una idea principal que es la protección de las inversiones extranjeras, sin embargo, contienen una serie de cláusulas que presentan elementos específicos y que son de inclusión prácticamente obligatoria en cualquier TBI que se suscriba. Si bien cada TBI es distinto y cada uno es redactado considerando los intereses que puedan existir entre los países firmantes, en esencia, todos presentan usualmente los mismos elementos.

Por ejemplo, hay autores que establecen que las cláusulas bases de todo TBI son: i) las relativas a las definiciones; ii) las relacionadas con la admisión de las inversiones y de los inversionistas; iii) las referentes a los tratamientos aplicables (tratamiento justo y equitativo, tratamiento nacional, tratamiento de la nación más favorecida, no discriminación entre inversionistas extranjeros); iv) las concernientes a las nacionalizaciones e indemnizaciones; v) las pertenecientes a la transferencia de beneficios y repatriación del capital; vi) las de reglamentación de las diferencias; y vii) las relativas a la subrogación. (Lizarazo, 1997, p.98).

Es necesario mencionar que, respecto a las normas relativas a la admisión de inversiones, los países tienen la libertad plena y absoluta de aceptar o rechazar inversiones extranjeras, es decir, tienen la libertad de suscribir TBI con otros países, o abstenerse de hacerlo, dependiendo de sus intereses económicos y políticos. Lo antes mencionado se basa en el principio internacional de que ningún Estado puede ser forzado a admitir inversiones extranjeras (Ibídem, p.100).

Esto no quiere decir que el país que haya suscrito un TBI puede negarse a aceptar inversiones extranjeras sin fundamento, puesto que si lo haría,

estaría violando el tratado y sería responsable de sus decisiones. En otras palabras, la soberanía y autodeterminación que cada Estado posee no lo faculta para discriminar a inversionistas del país con el que dicho Estado firmó un TBI. Es por esta razón que la totalidad de los TBI basan las normas relativas a la admisión de las inversiones extranjeras en las disposiciones legislativas y reglamentarias de cada Estado receptor (Garriga, 2009, p.300).

1.6.2 Antecedentes históricos de los TBI

Si se toma en cuenta que el primer TBI celebrado en la historia fue en 1959 entre Alemania y Pakistán (Ibídem, p. 280), se puede mencionar entonces que el antecedente inmediato de los TBI es la denominada *International Convention for the Mutual Protection of Property Rights in Foreign Countries*. Esta convención se llevó a cabo en 1957, cuando un grupo de empresarios alemanes se reunieron con el fin de publicar un proyecto dirigido a fomentar la protección de sus inversiones en el extranjero (Suárez, 2011, p.62). Sin embargo, la idea esencial acerca de la protección de intereses de los nacionales de un Estado en el territorio de otro Estado, tiene sus orígenes mucho antes a 1957.

El primer antecedente de los TBI son las *Conventions d'établissement* (Lizarazo, 1997, pp.94 - 95). Estos documentos eran tratados de amistad, comercio y navegación, celebrados durante el siglo XIX, que reglamentaban la situación de las personas naturales y jurídicas, y principalmente se encargaban de su seguridad y la de sus bienes, el ejercicio de sus profesiones o actividades, sus derechos de propiedad y la manera de arreglar sus diferendos (Ibídem). Eran también tratados celebrados con el fin de desarrollar y fomentar el comercio y la navegación entre los Estados contratantes (Garriga, 2009, p. 282), principalmente entre los Estados Unidos y los países Europeos.

Estos tratados bilaterales buscaban, en esencia, lo mismo que buscan ahora los TBI. Si bien su estructura no era tan elaborada como la de un TBI, son un antecedente relevante puesto que dan la pauta de la importancia de la protección estatal sobre los intereses económicos de sus ciudadanos en el

extranjero, y sobre la reciprocidad en el derecho internacional. Una diferencia clave entre las *Conventions d'établissement* y los TBI modernos es que los primeros se celebraban normalmente entre países con un nivel de desarrollo similar, mientras que los segundos en un inicio eran típicos de una relación norte-sur (Lizarazo, 1997, p.96), o dicho de otra manera, celebrados entre países desarrollados con países en desarrollo.

Posterior a las *Conventions d'établissement* aparecieron los *Investment Guaranty Treaties*. Estos tratados eran acuerdos celebrados por los Estados Unidos de América con varios países en desarrollo, cuyo principal objetivo era ampliar el marco institucional del sistema de seguros americano para las inversiones americanas en los países en desarrollo (Ibídem, p.95).

A lo largo de la historia, las relaciones entre países han incrementado al punto de una globalización de las relaciones internacionales. Los TBI se han convertido en uno de los instrumentos centrales del derecho internacional económico (Suárez, 2011, p.62). Desde la suscripción del primer TBI entre Alemania y Pakistán se han incrementado de manera exponencial, hasta llegar en la actualidad a más de dos mil tratados celebrados a nivel mundial (Coe, 2013).

Los TBI se han transformado en una herramienta jurídica internacional ampliamente difundida para promover los flujos internacionales de capital, puesto que buscan brindar a los inversores ciertas garantías de trato sustancial y procesal con el fin de facilitar la administración del riesgo político existente en los grandes proyectos de inversión en Estados en vías de desarrollo o subdesarrollados (Suárez, 2011, p.62). Son instrumentos que no solamente promueven la inversión sino que también garantizan a capitales extranjeros y generan reglas de comercio internacional.

La importancia de los TBI puede ser fácilmente discutida y debatida. Si bien la mayoría de TBI pueden ser reconocidos como instrumentos válidos para proteger las inversiones extranjeras, no se puede decir lo mismo acerca de su

efectividad en acelerar el desarrollo económico, y consecuentemente el desarrollo social, del Estado receptor de aquella inversión.

1.6.3 Finalidad y objetivos de los TBI

Los TBI se han constituido en una práctica frecuente de los países exportadores de capital en la búsqueda de protección a las inversiones de sus nacionales (Zapata, 2000, p.128). La finalidad principal de los TBI es proteger los intereses que los nacionales de un Estado pueden tener en el otro Estado suscriptor del tratado y viceversa. Al decir intereses, se hace referencia principalmente a las inversiones extranjeras existentes en un Estado, que suponen generarán ganancias para los inversores, de lo contrario no existiría tal inversión. A pesar de lo mencionado, las intenciones originales de los TBI era proteger las inversiones de los nacionales de los países desarrollados en los países en vías de desarrollo. Por esta razón son los países desarrollados los primeros en implementar los TBI, como el caso de Alemania, presentado con anterioridad en el punto 1.6.2.

Los países industrializados buscaron mecanismos de obtención de garantías mínimas para poder realizar inversiones dentro de una ambiente jurídico seguro (Lizarazo, 1997, p.94). Esto implica que el ambiente jurídico de los Estados en desarrollo no necesariamente es considerado seguro por los inversionistas extranjeros, de lo contrario no sería necesaria la suscripción de los TBI, a pesar de que es inminente que siempre existirá un riesgo al tratarse de inversiones extranjeras.

Con los referidos tratados, se buscaba crear poco a poco un ambiente internacional homogéneo para las inversiones internacionales (Ibídem, p.115). Al referirse a un ambiente homogéneo significa que los inversores puedan estar seguros que en cualquier parte que vayan a invertir, el tratamiento que recibirán será beneficioso para ellos, o por lo menos, no será perjudicial. Los TBI buscan otorgar cierta seguridad jurídica para de esa forma procurar garantizar un tratamiento sin discriminación a las inversiones extranjeras.

En teoría, la suscripción de un TBI debería tener como efecto directo el incremento del volumen de inversiones extranjeras en el país que los suscribe. Sin embargo, esto no se ha comprobado debido a varios factores adicionales que influyen en la atracción de inversión extranjera dentro del territorio nacional, como son, por mencionar algunos, las facilidades que brinda el país para la constitución de inversiones, la seguridad jurídica, la administración de justicia, entre otros.

Los TBI buscan brindar seguridad al inversor internacional, no solamente seguridad jurídica, sino también garantizar el respeto pleno de sus derechos patrimoniales que existen sobre sus inversiones. Al fin y al cabo, al inversor internacional le interesa solamente una cosa: generar capital en base a su inversión, y obviamente, que dicho capital pueda ser libremente transferido a su país de origen.

Otro objetivo de los TBI es la globalización de los regímenes locales sobre el tratamiento de la inversión extranjera, al establecerse mecanismos que permiten manejar las relaciones con los inversionistas dentro de marcos relativamente independientes e imparciales (Restrepo, 1997, p.5), como son los centros de arbitraje internacional más reconocidos y aceptados tanto por los Estados como por los inversionistas. En definitiva, los TBI también buscan generar una costumbre internacional para que las inversiones extranjeras sean tratadas de manera similar en cualquier Estado en la que se asienten.

En síntesis, los TBI buscan proteger al inversionista extranjero y buscan proteger los intereses que los inversionistas tienen en los países donde efectúan sus inversiones. Se puede decir que los TBI, en especial, buscan brindar seguridad en cuanto a la repatriación de las utilidades que generen las inversiones, además de garantizar el efectivo goce de los derechos de propiedad de los inversionistas así como el disfrute de todos los derechos reconocidos en estos instrumentos, tanto relacionado al tratamiento de las inversiones, cuanto a la posibilidad de recurrir a organismos internacionales para la solución de controversias.

Igualmente, los TBI tienen como finalidad impedir el trato discriminatorio, en especial, expropiaciones y nacionalizaciones sin la debida fundamentación y adecuada indemnización. Finalmente, los TBI buscan generar un ambiente internacional favorable y homogéneo para las inversiones internacionales, con el fin de otorgar certeza a los inversionistas extranjeros respecto al respeto de sus derechos sobre sus inversiones.

1.6.4 Cláusulas de un TBI

Todos los TBI contienen, en esencia, las siguientes cláusulas:

1.6.4.1 Trato Justo y Equitativo

Consiste en establecer condiciones mínimas de garantía para los inversionistas y adoptadas por la ley interna del país receptor de la inversión (Lizarazo, 1997, p.100). En contraposición a esto, el trato justo y equitativo puede también considerarse como un estándar básico que no necesariamente está relacionado con la legislación interna del Estado receptor de la inversión, pero que sin duda sirve como un elemento adicional en la interpretación del tratado (Argerich, 2005, p.213).

El trato justo y equitativo es entendido como la obligación que tiene el Estado de no discriminar, de ser transparente y de respetar las obligaciones contractuales asumidas con el inversor extranjero, y de brindar un juicio equitativo y un procedimiento eficiente en casos de controversias (Garriga, 2009, p.305). El trato justo y equitativo es compatible ciertamente con la Constitución del Ecuador, puesto que ésta reconoce la igualdad de todas las personas sin discriminación por razón de nacionalidad, y garantiza derechos fundamentales a todos quienes se encuentren en el territorio nacional (arts. 3.1 y 9).

El trato discriminatorio debe reunir un requisito fundamental que es la intención positiva de causar daño sin motivos justificados (Zapata, 2000, p.155). Por esto, no se puede entender como trato discriminatorio a aquellas prohibiciones o reservas que el Estado realice sobre determinados asuntos,

como por ejemplo, el trato que se otorga a los recursos naturales no renovables. Por otro lado, existen autores que establecen que un acto debe ser considerado discriminatorio cuando el mismo reúna dos condiciones, en vez de una. Primero, la medida tomada por el Estado debe provocar perjuicio real para el extranjero, y segundo, el acto debe hacerse con la intención de perjudicarlos específicamente en razón de su nacionalidad (Lizarazo, 1997, p.104).

1.6.4.2 Trato Nacional

El trato nacional representa la obligación del Estado en otorgar el mismo tratamiento a las inversiones extranjeras que el otorgado a las inversiones nacionales, es decir, colocar al inversor extranjero al mismo nivel que el inversor nacional. Es así que el principio de tratamiento nacional en esencia permite al inversor extranjero adquirir derechos económicos, que son el máximo al cual un extranjero puede aspirar puesto que lo coloca en igual situación que los nacionales (Zapata, 2000, p.155).

Esta cláusula es preferida por algunos países en desarrollo al momento de negociar los TBI, ya que permite a éstos controlar sus economías domésticas (Lizarazo, 1997, p.102). Precisando, si un Estado se obliga con otro a brindar a los inversionistas extranjeros un tratamiento nacional, está permitiéndose regular a la inversión extranjera de modo que sea beneficioso para sus intereses. Esto sin perjuicio de que ninguna conducta podrá ir en contra de los principios de derecho internacional como son la no discriminación y el trato igualitario.

1.6.4.3 Trato de la Nación Más Favorecida¹⁴

El trato de la Nación Más Favorecida (en adelante simplemente NMF) cumple un papel similar al del trato nacional en el sentido de que genera una igualdad no solamente respecto a los inversionistas locales, sino entre inversionistas extranjeros de distintos países (Zapata, 2000, p.156). Así, si un Estado otorga cierto trato diferencial a los nacionales de un segundo Estado, un nacional de

¹⁴ En varios textos se hace referencia a la cláusula del trato de la nación más favorecida simplemente como NMF.

un tercer Estado, que tenga firmado un TBI con el primero, puede alegar y exigir el mismo trato diferencial que se le otorga al mencionado nacional del segundo Estado, en función de la cláusula del tratamiento NMF.

Aumentando, la cláusula de NMF es el presupuesto jurídico contenido en un tratado, en virtud de la cual el Estado beneficiario de la misma tiene el derecho a solicitar del Estado concedente el trato más favorable que este último Estado otorgue a las inversiones de los nacionales de un tercer Estado (Garriga, 2009, p.307). En otras palabras, el trato de la NMF es entendida como: "(...) una estipulación por la cual dos gobiernos regulan su participación recíproca a cualquier sistema jurídico más ventajoso que hubiesen elaborado, o que elaborarán, con otros gobiernos" (Blackbay & Dechamps, 2011, p.261).

Se evidencia una clara ventaja para los inversionistas, no así para los países receptores de la inversión. Si bien esto no puede ser observado como una pérdida de soberanía, debido al principio del derecho internacional de que ningún Estado puede ser obligado a firmar un TBI, sí constituye una posible contingencia puesto que obliga al Estado a brindar a todos los inversores, que se encuentren protegidos por un TBI, el tratamiento que más le beneficie a éste.

Finalmente, es importante mencionar que la Organización Mundial de Comercio OMC presenta una serie de principios del sistema de comercio (Organización Mundial de Comercio, 2014). La OMC propugna un comercio sin discriminación y reconoce los mismos principios que han sido mencionados en los puntos anteriores 1.6.4.2 y 1.6.4.3, correspondiente a las cláusulas de los TBI. La OMC reconoce, entre otros, los siguientes principios: (i) Nación más favorecida (NMF) y (ii) Trato nacional (Ibídem). Esto da muestra de que los TBI son instrumentos que tienen relación directa con el comercio internacional, y que las cláusulas de dichos instrumentos son también principios de comercio internacional.

1.6.4.4 Repatriación de capitales

La repatriación de capitales representa uno de los intereses principales de todo empresario extranjero. Por esto, todos los TBI contienen una cláusula de transferencia de capitales como medida que fomente las inversiones entre los Estados contratantes (Garriga, 2009, p.317). Así, el país anfitrión, o el país receptor de la inversión, debe garantizar a los inversores de la otra parte contratante la libre transferencia de los fondos relacionados con sus inversiones (Argerich, 2005, p.214).

En efecto, la gran mayoría de TBI, por no decir la totalidad, establecen que la transferencia debe realizarse sin demoras injustificadas (Garriga, 2009, p.318), con el fin de precautelar los derechos de uso y goce de los inversionistas sobre sus inversiones. De manera más detallada, Lizarazo explica que la cláusula de repatriación “busca garantizar la transferencia no condicionada de las inversiones y rendimientos” (1997, p.110). Igualmente, añade que las condiciones garantizadas son, principalmente, que la transferencia se haga sin demora, en moneda convertible a aquella en la que el capital fue invertido y que se apique la tasa de cambio exacta del día en que se realiza la transferencia (Ibídem).

1.6.4.5 Expropiación, nacionalización y otras medidas similares

Es costumbre que en los TBI se incluya siempre una o varias cláusulas relativas a los casos en que se puede aceptar una expropiación, pero siempre reconociendo el derecho a recibir una indemnización acertada. La necesidad de incluir esta cláusula en los TBI responde al interés máximo del inversionista, que es, además de obtener ganancias económicas por su inversión, no obtener pérdidas de cuantiosas sumas de dinero por expropiaciones o nacionalizaciones de sus inversiones en el exterior. Como explica Lizarazo “(...) a nivel internacional el problema de la promoción y la protección de las inversiones se ha centrado, fundamentalmente, en el problema de las nacionalizaciones de las expropiaciones” (1997, p.115).

Es importante diferenciar qué es expropiación, nacionalización, expoliación y confiscación. La expropiación es el acto de transferir, a través de una medida administrativa, la propiedad de inversiones extranjeras a empresas nacionales, privadas o públicas. La nacionalización es la transferencia de la propiedad de las inversiones al sector público. La expoliación es la expropiación o nacionalización pero sin el reconocimiento de una indemnización ni compensación. Finalmente, la confiscación constituye una sanción (Zapata, 2000, p.168).

La Constitución ecuatoriana prohíbe toda forma de confiscación (art. 323). Para fines del presente trabajo, al referirse a expropiación o nacionalización debe entenderse que se tratan de la misma medida, es decir, una decisión estatal de transferir el derecho de propiedad sobre una inversión extranjera al Estado.

Respecto a la expropiación aparece una disyuntiva interesante. Por un lado está el derecho de los inversionistas extranjeros a gozar de los beneficios de sus inversiones y a que éstas sean respetadas en virtud de su derecho de propiedad. Por otro lado, se encuentra la soberanía de los Estados y su posibilidad de expropiar o nacionalizar inversiones cuando las considere de extrema necesidad para precautelar el bienestar de sus habitantes.

Si bien no se puede prohibir a un Estado nacionalizar ciertas inversiones por motivos de utilidad pública, tampoco se puede desconocer el derecho de los inversionistas a recibir una compensación adecuada por las pérdidas que sufra debido a la decisión estatal antes mencionada. Es por esto que varios autores afirman que "(...) tanto la práctica convencional como en el contencioso arbitral internacional son determinantes en cuanto a la necesidad de reconocer en todos los casos una indemnización o compensación a favor del expropiado" (Zapata, 2000, p.166).

Igualmente, existen otros puntos de vista un poco más radicales que afirman que las inversiones internacionales no pueden ser sometidas a nacionalización, expropiación o medida equivalente (Ibídem, p.171), cosa que

tampoco es necesariamente correcta debido a que siempre prima el interés general sobre el particular. Es decir, no se puede prohibir que existan expropiaciones de inversiones, solo se debe asegurar que exista una indemnización en caso de que se produzca.

Ahora bien, toda expropiación debe cumplir ciertos requisitos para ser lícita o legal: (i) que no sea discriminatoria, (ii) que se dé por motivos de utilidad o interés social relacionados con las necesidades internas de cada Estado y (iii) que exista una indemnización pronta y adecuada (Ibídem). Argerich añade que "(...) se requiere que las expropiaciones se realicen con fines de utilidad pública, de conformidad con el debido proceso legal y mediante pago de una indemnización" (2005, p.214).

En cuanto al cálculo de la indemnización, la fórmula Hull, desarrollada en 1939 por el entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos, Cordell Hull, plantea que la compensación obliga que se cumpla tres requisitos esenciales: que sea adecuada, pronta y efectiva (Argerich, 2005, p.104). El mismo autor añade que la dicha cláusula procura que la indemnización reconocida incluya los intereses legales hasta el día del pago, que se cancele sin demora no justificada, que sea efectivamente realizable y lo más importante, que se pueda transferir sin restricciones (Ibídem).

De nada sirve que se reconozca una indemnización a un inversionista extranjero que ha sido expropiado si ésta (i) no considera el valor real del bien expropiado, (ii) no se realiza de manera pronta y sin demoras, y por último, (iii) si el Estado que expropió no brinda las facilidades para que el valor de la indemnización sea libremente transferido al inversor en su país de origen.

Adicionalmente, resulta importante entender de dónde viene la tendencia de los Estados a reservarse el derecho de expropiar inversiones extranjeras cuando lo consideren necesario por las razones antes expuestas. Varios criterios expedidos por las Naciones Unidas presentan un nuevo orden económico internacional, que consagra principalmente, la posibilidad de que los Estados puedan expropiar o nacionalizar propiedad extranjera siempre que

exista una indemnización apropiada, tomando como base el régimen jurídico del Estado que expropia (Ibídem, p.96).

Es decir, la expropiación en si no es siempre negativa, de hecho puede beneficiar en gran parte al Estado que la realiza, pero se debe reconocer el derecho del inversionista a recibir una indemnización, y ese es el papel del los TBI. Como señala Garriga, "(...) la estabilidad que los TBI persiguen aportar a la inversión realizada por inversores del otro Estado contratante se deja sentir especialmente en la regulación del riesgo de su potencial nacionalización y expropiación" (2009, p.309).

Además de las indemnizaciones referentes a expropiaciones, muchos TBI incluyen compensaciones por pérdidas. Una compensación por pérdida se refiere principalmente a las pérdidas que sufren los inversionistas internacionales de un Estado contratante por motivos de guerra, revolución, Estado de emergencia, revuelta, insurrección o disturbio en el territorio nacional del otro Estado (Lizarazo, 1997, p.109). La Constitución no reconoce ningún tipo de compensación por esos eventos, por lo que los TBI adquieren especial importancia para regular estos aspectos.

Finalmente, se debe mencionar que en la práctica la mayoría de inversiones tienen pólizas de seguros en caso de expropiaciones o medidas similares. Es así, que una cláusula importante presente en todo TBI es la relativa a la garantía de la inversión y la subrogación. Esta cláusula cumple fundamentalmente dos objetivos. El primero es "(...) asegurar la ocurrencia de cualquier riesgo para la inversión; estos riesgos pueden ser económicos y comerciales de una parte y políticos de otra" (Ibídem, p.114).

El segundo objetivo de la mencionada cláusula es permitir a la aseguradora subrogarse en las funciones del inversor para que pueda continuar con cualquier proceso de reclamación por la medida tomada por el Estado receptor de la inversión. En síntesis, la garantía de la inversión y la subrogación constituyen elementos adicionales que protegen al inversionista

extranjero sobre los posibles riesgos que puedan suscitarse en el país donde se encuentra su inversión.

Vale la pena aumentar que las expropiaciones que se realicen sin la debida indemnización o compensación son factores determinantes en el índice de riesgo país. El riesgo país es un indicador que determina las posibles pérdidas económicas de empresas y entidades extranjeras en el país, debido principalmente a cambios políticos y económicos y, a la incertidumbre de que éstos ocurran. Según publicaciones del portal en línea del Banco Central del Ecuador (2014), el riesgo país, para el Ecuador, bajo de 615 puntos el 19 de febrero de 2014 a 535 puntos el 20 de marzo de 2014, último mes del cual se encuentra esta información. Esto demuestra que no necesariamente los TBI son instrumentos que atraen inversión extranjera, sino que existen otros elementos, como el riesgo país, que deben ser considerados al momento de evaluar la atracción de capitales externos. Asimismo, se demuestra que el riesgo país ha bajado debido a que el Ecuador ha mantenido una aparente estabilidad política.

Para poner en contexto el indicador en cuestión, es necesario comparar el riesgo país de los Estados vecinos y de la región. De ese modo, si se considera que el riesgo país de Colombia, al 19 de junio de 2014, era de 145 puntos (Ámbito, 2014), se evidencia una marcada diferencia entre ambos países. Esto demuestra que, en teoría, Colombia, en temas de seguridad jurídica, política y económica, es un país mucho más seguro que el Ecuador. Finalmente, se evidencia que existen otros factores, adicionales a la suscripción de TBI, que determinan el clima jurídico, político y económico de un Estado en relación a la apertura para la inversión extranjera.

1.6.4.6 Cláusula Paraguas

Esta cláusula consiste en someter a arbitraje internacional diferencias en materia contractual y no solo las relativas a las inversiones como tal. Principalmente establece la posibilidad de que los inversores aleguen protección en base a un TBI sobre incumplimientos contractuales.

Para explicarlo de mejor manera se puede decir que dicha cláusula permite alegar que una violación a un contrato con el Estado, constituye a la vez, una violación del TBI que se ha celebrado con dicho Estado (Suárez, 2011, p.83). El profesor Wong explica de manera más detallada y establece que la cláusula paraguas es:

(...) la disposición contenida en muchos TBI que impone a cada Estado contratante el requisito de observar todas las obligaciones en materia de inversión pactadas con los inversionistas del otro Estado contratante, por lo cual el tribunal internacional de arbitraje constituido bajo el TBI tendría jurisdicción sobre reclamos de violación de un contrato [debido a que bajo el amparo de la cláusula paraguas, una violación contractual constituye una violación del tratado en sí] (en Salvador & Riofrío, 2011, p.103).

En otras palabras, ésta cláusula es sin duda una clara ventaja para el inversionista extranjero, no así para el Estado receptor. En el caso práctico, el Estado receptor de la inversión puede verse perjudicado puesto que, cualquier incumplimiento o diferencia surgida en materia contractual con un inversor extranjero, podría ser elevado a arbitraje internacional, representando gastos significativos en honorarios y demás costos para la defensa de dicho Estado. La cláusula paraguas beneficia a los inversionistas extranjeros que se encuentren amparados bajo un TBI, pero su aplicación depende en gran medida de la aceptación o negación del tribunal arbitral.

1.6.4.7 Arbitraje Internacional

1.6.4.7.1 Concepto y Objeto

En los TBI, existe una cláusula que regula la forma en la que solucionarán controversias, y en la gran mayoría, se señala que dichas controversias serán resueltas por tribunales arbitrales internacionales. Esta cláusula garantiza a los inversionistas que cualquier controversia que surja en materia de inversiones con el Estado receptor de la inversión, sea sometida a arbitraje internacional, dejando de lado la justicia local del país receptor de la inversión. En otras palabras, es una protección a la que aspira todo inversionista, que consiste principalmente en sustraer los litigios de la jurisdicción local del país receptor (Zapata, 2000, p.174), o dicho de otro modo, internacionalizar el conflicto.

Para algunos autores, el sometimiento de diferencias relativas a inversiones internacionales a tribunales arbitrales es "(...) la aceptación por las partes en una controversia de que ambas se sentirán más cómodas si la disputa es resuelta por juzgadores que les garanticen probidad, capacidad y efectividad" (Salvador & Riofrío, 2011, p.122). Sin embargo esto no necesariamente es cierto ya que si bien el inversor puede sentirse más cómodo, el Estado receptor de la inversión muchas veces no lo considera así.

1.6.4.7.2 Doctrina Calvo

Como contrapartida a la aceptación de internacionalizar un conflicto por medio de la aceptación del arbitraje internacional, está la Doctrina Calvo. Esta teoría defiende la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de los Estados receptores de las inversiones y promueve la aplicación de su legislación para la solución de conflictos relativos a inversiones, es decir, incita a que los Estados no cedan soberanía a favor de otras autoridades y de otra legislación (Garriga, 2009, p.280).

Dicho de otra forma, la cláusula Calvo establece la igualdad en el tratamiento a nacionales y extranjeros, en sujetar las controversias a la ley y los tribunales nacionales y en renunciar a la reclamación diplomática (Linares en Lizarazo, 1997, p.112). El Ecuador aplica esta doctrina al momento de prohibir de manera expresa ceder jurisdicción soberana a instancias arbitrales, excepto tribunales de carácter regional (Constitución de la República, 2008, art. 422), sin embargo, la Constitución reconoce al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias (art. 190).

1.6.4.7.3 El CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI por sus siglas en español o ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) por sus siglas en inglés, es una organización internacional autónoma que fue constituida mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, mejor conocido como el Convenio de Washington:

La Convención CIADI es un tratado multilateral formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo (Banco Mundial), firmado el 18 de marzo de 1965 y que entró en vigor el 14 de octubre de 1996 (Salvador & Riofrío, 2011, p.91).

Principalmente, el CIADI representa una supuesta garantía para los inversionistas de que sus diferencias con los Estados receptores de su inversión serán tratadas por expertos en la materia que aseguran un arbitraje en derecho que respete y reconozca los acuerdos de protección recíproca de inversiones y, principalmente, que otorguen decisiones completas y bien estructuradas. Uno de los objetivos principales del CIADI es proveer, mediante acuerdos interestatales, facilidades y procedimientos de arbitraje y conciliación para resolver conflictos surgidos en materia de inversiones entre Estados e inversionistas internacionales (Restrepo, 1997, p.13).

En cuanto al tema de jurisdicción y de la supuesta pérdida de soberanía al ceder jurisdicción a instancias arbitrales internacionales, se debe tener en cuenta que los TBI permiten estipular diferentes cuestiones relativas a la misma. Es decir, no necesariamente todo TBI debe reconocer el derecho de los inversionistas de recurrir a arbitraje internacional apenas se presente una diferencia con el Estado receptor. De hecho, es posible que en el texto del tratado se estipule la obligación de agotar todas las vías posibles en la justicia local antes de recurrir a arbitraje. En efecto, Suárez (2011, p.76), explica cuatro modelos de opciones jurisdiccionales que pueden estipularse en un TBI.

Primero se encuentra el sistema escalonado, el cual establece que el inversor debe utilizar las opciones de la justicia local del Estado receptor por un tiempo determinado, como requisito previo al uso de la vía arbitral internacional (Ibídem). Segundo, el sistema alternativo o de opción de vías permite al inversor internacional escoger a qué jurisdicción acceder, si la local o la internacional (Ibídem). En tercer lugar aparece el sistema de elección de vía con vueltas en U. En dicho sistema, el inversor puede utilizar la justicia local pero no pierde el derecho a acudir a arbitraje internacional en caso de así preferirlo, en cualquier instancia en la que se encuentre su reclamo en la jurisdicción nacional (Ibídem).

Finalmente, el sistema de acceso directo permite al inversor acceder directamente a un centro internacional de arbitraje para solucionar sus posibles controversias con el Estado receptor (Ibídem). En consecuencia, existe la posibilidad de negociar acuerdos de protección recíproca de inversiones que no necesariamente desconozcan la justicia local como medio para resolver diferencias, por lo que todo depende de la forma en la que el Estado ecuatoriano plantee a futuro sus modelos de TBI, en caso de considerarlos necesarios para el desarrollo.

Capítulo II: Marco Jurídico e Institucional

2.1 Introducción

El capítulo segundo presenta el marco jurídico e institucional aplicable a los Derechos del Buen Vivir, a los Regímenes de Desarrollo y del Buen Vivir, al Plan Nacional para el Buen Vivir y a la normativa nacional y regional reguladora de las inversiones internacionales en el país. Se aborda la Constitución de la República en los temas concernientes a los principios de aplicación de los derechos, debido a su importancia para comprender la forma en que los mismos son exigidos. Posteriormente, se presenta el marco jurídico institucional de los Derechos del Buen Vivir, del Régimen de Desarrollo y del Régimen del Buen Vivir y se detallan cuestiones que cada una de las secciones presentan y se asientan las bases necesarias para el análisis que se desarrollará en el capítulo tercero.

Igualmente se trata el Plan Nacional para el Buen Vivir actual 2013 – 2017, puesto que es el instrumento mediante el cual se materializan todas las políticas públicas para la consecución del Buen Vivir. Finalmente, con relación al marco jurídico de la inversión extranjera, se presenta la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena como documento regulador de la misma en el ámbito regional y al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones como normativa legal a nivel local.

2.2 Constitución de la República del Ecuador

La vigente Constitución de la República del Ecuador propone nuevos desafíos, conceptos, ideas y pensamientos encaminados a alcanzar el Buen Vivir. El preámbulo de esta nueva Carta Magna, textualmente establece que el pueblo soberano del Ecuador busca construir “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el Buen Vivir, el *Sumak Kawsay*” (2008). La aprobación de la nueva Constitución contó con el respaldo del 64 por ciento de la ciudadanía¹⁵, en septiembre de 2008, lo

¹⁵ Plan Nacional de Desarrollo 2009 – 2013 (Resolución No. CNP-001-2009)

cual demuestra una mayoría de la población ansiosa por el cambio en varios aspectos tales como sociales, económicos, culturales, políticos, entre otros.

La promulgación de la Constitución por parte de la Asamblea Constituyente es un hito histórico en la vida republicana del país. Primero, se reconocen derechos nunca antes reconocidos, como el derecho de la naturaleza. Luego, se cambia la concepción de Estado de derecho a Estado de derechos. Finalmente, se redefine al Estado ecuatoriano de pluricultural y multiétnico, como se establecía en la Constitución de 1998, a intercultural y plurinacional, demostrando una innovadora concepción y un reconocimiento sin precedentes a grupos marginados de distintas nacionalidades dentro del país.

Sin embargo, de los avances o cambios más significativos de este nuevo instrumento jurídico se debe mencionar a los Derechos del Buen Vivir. La declaración de los Derechos del Buen Vivir constituye un logro alcanzado en el reconocimiento de los grupos marginados del país. Son el resultado de una lucha de clases sociales históricamente discriminadas. Así, el Buen Vivir es una concepción novedosa para muchos, pero que tiene sus orígenes cientos de años atrás, en la cultura indígena; por lo que su inclusión en el texto constitucional es, sin duda, un reconocimiento a la concepción andina de la vida misma.

En el campo del derecho positivo, el título II concerniente a los derechos, el capítulo segundo de la Constitución establece un conjunto de derechos de los ciudadanos y obligaciones del Estado, denominados Derechos del Buen Vivir, detallados en ocho secciones individuales plasmadas en los artículos del 12 al 34. Por otro lado, el título VII instaura el Régimen del Buen Vivir, constituido por dos capítulos, el primero compuesto por doce secciones, y el segundo por siete, caracterizados en un total de 75 artículos que comprenden del 340 al 415.

2.2.1 Principios para el ejercicio y aplicación de los Derechos

La Constitución de la República determina los principios de aplicación de los derechos en el capítulo primero del título II (arts. 10 y 11). La Carta Magna

determina que son sujeto de derechos no solo las personas, sino también las comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos e incluso la naturaleza (art. 10). Se produce, como se ha dicho, una nueva concepción de quiénes pueden ser considerados sujetos de derechos, puesto que se consideran como sujetos de derechos a los grupos de personas y a la naturaleza. Ésta última, nunca antes reconocida como sujeto de derechos en la historia de la humanidad.

En cuanto a los principios mediante los cuales se rige la aplicabilidad de los derechos constitucionales, la Constitución reconoce nueve principios (art. 11). Ésta establece que los derechos pueden ser exigidos de forma individual o colectiva (art. 11.1). Asimismo, La Constitución determina la igualdad como principio fundamental, y rechaza la discriminación en todas sus formas (art. 11.2).

En el numeral 3ro del artículo 11, del mencionado cuerpo legal, se reconoce la aplicabilidad inmediata y directa de todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución y en cualquier instrumento internacional de derechos humanos. Además, la Constitución plantea que no es necesario que dichos derechos y garantías se encuentren positivados para poder exigirlos y establece que “no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación [la de los derechos y garantías] o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento” (art. 11.3).

De igual forma, la Constitución de la República establece que los derechos y garantías de las personas, de los grupos de personas y de la naturaleza no pueden ser restringidos por alguna norma jurídica (art. 11.4). Dispone, también, que siempre se aplique la norma y la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos y garantías del Estado de derechos (art. 11.5).

Además, señala que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (art. 11.6). Dispone que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de

derechos humanos no pueden excluir derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su desenvolvimiento integral (art. 11.7).

De igual forma, la Constitución de la República dispone que “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas” (art. 11.8), y que “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos” (art. 11.8). Finalmente, el noveno principio correspondiente a la aplicabilidad de los derechos y garantías constitucionales determina que es un deber primordial del Estado respetar y hacer respetar la Constitución (art. 11.9). Este último principio tiene relación directa con lo que se determinó en el capítulo primero de la presente investigación, cuando se planteó el tema de la protección estatal de los derechos fundamentales.

2.2.2 Derechos del Buen Vivir en la Constitución de la República

Forman parte de los Derechos del Buen Vivir, los siguientes: el derecho al agua y alimentación, el derecho a vivir en un ambiente sano, el derecho a la comunicación y acceso a la información, el derecho a la cultura y la ciencia, el derecho a la educación, el derecho al hábitat y la vivienda, el derecho a la salud, y el derecho al trabajo y a la seguridad social.

Es así, que los derechos reconocidos por la Constitución constituyen la base de garantías que el Estado otorga a sus habitantes para una vida digna, y la consecuente obtención de un país que contemple el concepto del Buen Vivir en el ejercicio de los derechos de sus ciudadanos, es decir, un país en el que todos alcancen a desarrollar una “buena vida”. Resulta pues, necesario, especificar cada uno de los ocho derechos del Buen Vivir.

2.2.2.1 Derecho al Agua y a la Alimentación

El primer derecho que reconoce la Constitución a todos los ecuatorianos¹⁶, dentro del grupo de Derechos del Buen Vivir, es el derecho al agua, el cual es un derecho humano fundamental e irrenunciable, que “constituye un patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida” (Constitución de la República, 2008, art. 12).

Es indispensable que los seres humanos gocen de este derecho fundamental, puesto que es un elemento vital el cual de ninguna manera puede ser mercantilizado, es decir, convertido únicamente en una mercancía. Si bien el agua corresponde a todos, se debe efectuar un plan oportuno para cuidarla, al ser un recurso natural no renovable. Demás está por decir que el agua es un bien de uso público inalienable, puesto que de lo contrario, se estaría poniendo en riesgo la vida de cientos de miles de ecuatorianos, y peor aún, de las futuras generaciones.

Referente al derecho a la alimentación (Ibídem, art. 13), se garantiza el derecho a las personas a tener acceso a alimentos sanos, suficientes y nutritivos, y se entabla una situación que es también un objetivo específico del Estado: la soberanía alimentaria. El Estado busca promover la soberanía alimentaria, de manera gradual, presentando políticas y estrategias que sean sostenibles y sustentables, enmarcadas dentro de los lineamientos del Buen Vivir, que busquen el mejoramiento de la calidad de vida de todos los ecuatorianos.

2.2.2.2 Derecho al Ambiente Sano

El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado es el segundo Derecho del Buen Vivir. Con el fin de precautelar el derecho de todos a vivir en un ambiente sano “se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad, la prevención del daño

¹⁶ Al hablar de “todos los ecuatorianos”, entiéndase se incluye a todos los ciudadanos de ambos sexos. Resulta innecesario y repetitivo detallarlo cada vez que se lo mencione.

ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados” (Ibídem, art. 14).

El Estado reconoce la importancia del espacio físico donde se lleva a cabo la vida de los ciudadanos para la consecución del Buen Vivir de todos los habitantes; sus políticas, lineamientos y planificaciones están encaminadas a cumplir ese objetivo principal y se encuentran plasmadas en el Plan Nacional del Buen Vivir.

Resulta esencial, para poder llevar a cabo una vida digna, que la misma sea desarrollada en un ambiente sano. Al referirse a un ambiente sano, se entiende un ambiente libre de contaminación, en el cual las personas pueden desenvolverse con tranquilidad puesto que están asegurados de que cualquier desastre ambiental que pueda ser causado por el ser humano sea minimizado o mitigado.

Se reconoce como un derecho fundamental el vivir en un ambiente ecológicamente equilibrado. Para esto, es necesario que cualquier actividad humana que pueda afectar al medio ambiente, se la haga de manera sustentable, sostenible y priorizando siempre la respetabilidad de los derechos fundamentales.

2.2.2.3 Derecho a la Comunicación y a la Información

El tercer Derecho del Buen Vivir es el derecho que todas las personas tienen a la comunicación y a acceder a todo tipo de información. El Estado reconoce el derecho de las personas a “(...) una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos” (Ibídem, art. 16.1).

En cuanto al derecho a la información, la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho recibir información “veraz, verificada, oportuna, contextualizada, y con responsabilidad ulterior” (art. 18.1), es decir la responsabilidad que toda persona, natural y jurídica, tiene de fundamentar

fehacientemente cualquier información, opinión o comunicación que divulgue acerca de algo o alguien.

El derecho a la comunicación, y por ende a la información, es catalogado como derecho fundamental para el ser humano. Todas las personas entonces, tienen el derecho de expresar libremente sus ideas, sin perjuicio de la responsabilidad ulterior a la que estén sujetos, lo cual tiene sentido, puesto que de lo contrario se estaría irrespetando el derecho fundamental a la honra de las personas, al permitir que se divulguen injurias sin encontrar responsables.

Referente a la información como derecho fundamental, es importante anotar que la misma es necesaria para el desenvolvimiento de los seres humanos, puesto que mediante el intercambio de información es la única forma por la cual las personas aprenden nuevas ideas, y las expresan a la sociedad. La información debe ser regulada, más no restringida. Es decir, si bien debe haber un control estatal de la información, la misma no puede ser convertida en un bien estatal. El Estado debe ser responsable de manejarla pero nunca de restringirla.

2.2.2.4 Derecho a la Cultura y a la Ciencia

El derecho de las personas a crear y mantener su propia identidad cultural, constituye el cuarto de los Derechos del Buen Vivir (Ibídem, art. 21). En concordancia con el artículo primero de la Carta Magna, que reconoce que el Ecuador es un Estado intercultural y plurinacional, el derecho a mantener una identidad cultural busca preservar las nacionalidades ancestrales que componen el Estado ecuatoriano intercultural y plurinacional.

La cultura es uno de los vínculos más fuertes que ata a las personas entre sí para conformar una sociedad. El reconocimiento que otorga la Constitución del derecho a construir y mantener una cultura, convierte al mismo en un derecho fundamental de los seres humanos, y al mismo tiempo, condiciona al Estado a brindar la protección necesaria para que dicho derecho sea respetado.

Esto constituye también un ejemplo de la lucha de los menos favorecidos durante la historia, puesto que sus culturas han sido marginadas, lo que ha conllevado a que ahora se las reconozca expresamente y se otorgue el derecho constitucional de mantenerlas y respetarlas. Además, la cultura juega un rol principal en la consecución del Buen Vivir, puesto que, sería impensable alcanzarlo si no se respetan culturas ancestrales que dan origen a la idea misma del Buen Vivir.

De igual forma, se reconoce el derecho de las personas a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico (Ibídem, art. 25), es decir del avance de la tecnología, no solamente a nivel local sino a nivel mundial. Este derecho constitucional representa una muestra de una evolución en el igualitarismo, que busca brindar a todos las mismas posibilidades.

Sin embargo, este derecho debe ser contextualizado, es decir, planteado de la siguiente forma. Si todos los ecuatorianos tienen derecho a gozar de los avances tecnológicos, es necesario que dichos avances tecnológicos se encuentren disponibles en el país. De lo contrario, dicho derecho no podría ser del todo aplicable, puesto que, si no existe el acceso real a estos productos, menos puede existir el reconocimiento estatal del derecho a accederlos.

2.2.2.5 Derecho a la Educación

El derecho a la educación comprende dos elementos esenciales: primero, es un derecho de los ciudadanos y segundo, es una obligación del Estado, más precisamente, es “un deber ineludible e inexcusable del Estado” (Ibídem, art. 26). Como elemento indispensable para alcanzar el Buen Vivir, la educación representa una necesidad imperante del Estado, las familias y la sociedad en general. Este derecho fundamental es la base esencial de toda sociedad, puesto que la educación es la solución a la mayoría de los problemas surgidos en los países con altos niveles de desigualdad social, como es el caso del Ecuador.

Por ende, no puede ser entendida como un bien medible en capital, no puede, únicamente, ser objeto de mercantilización por parte del sector

privado. La educación no debe ser un negocio, es decir, si bien constituye una fuente de ingresos importantes para varias instituciones educativas privadas, la educación no puede manejarse en función del capital solamente, sino que debe cumplir con los intereses colectivos. Sin embargo, en la realidad ecuatoriana, se puede decir que existen mejores niveles de educación en las escuelas, colegios, y universidades, privadas, antes que en las públicas. Si bien puede haber ciertas excepciones, en general, las escuelas privadas son mejores que las públicas. Esta aseveración puede ser debatible, sin embargo, como se dijo anteriormente, en la realidad ecuatoriana, por lo general, la educación privada tiene mejor nivel que la pública.

2.2.2.6 Derecho a un Hábitat y a una Vivienda

De igual forma y con el objetivo de alcanzar el Buen Vivir de todos los ecuatorianos, resulta ineludible el reconocimiento del derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna (Ibídem, art. 30). Para una vida digna, debería ser necesario tener acceso a un hábitat seguro, libre de delincuencia y contaminación, donde los seres humanos puedan desenvolverse de manera segura y saludable, y con el derecho de coexistir en viviendas que cumplan estándares mínimos de calidad y que garanticen a las personas una vivienda más humana, sin importar su clases social o estatus económico.

Se cae nuevamente en el campo de algo que es teóricamente posible, pero que al momento de ser puesto en práctica, resulta extremadamente complejo. Primero, el hábitat seguro y saludable no depende en su totalidad de las acciones estatales que puedan garantizarlo. Existen cientos de otros factores que determinan la seguridad o la inseguridad de un hábitat, los cuáles podrían ser tema de otra investigación, como por ejemplo, la tasa de desempleo, el ingreso per cápita, el índice de desarrollo humano, entre otros. Lo que si puede y debe el Estado garantizar, es la implementación de políticas sociales que busquen de una forma u otra, observar este derecho fundamental a los seres humanos.

Luego, el derecho constitucional a una vivienda digna es altamente relativo. No en su reconocimiento, puesto que es un derecho fundamental, sino en su exigibilidad, ya que no queda claro de qué manera el Estado puede garantizar a las personas una vivienda digna, y peor aún, suponiendo que el Estado pueda garantizarlo, no queda claro qué puede ser considerado como una vivienda digna o una vivienda *indigna*. La vivienda no puede ser catalogada como digna si no se tiene un indicador objetivo con qué medirla, es decir, debe existir algún tipo de vivienda ejemplo o alguna clase de características mínimas, debidamente detalladas y desarrolladas, que permitan calificar objetivamente a una vivienda adecuada digna. Si bien existen ciertos parámetros desarrollados por la Organización de las Naciones Unidas, no se puede establecer un indicador objetivo para calificar a una vivienda como digna o indigna.

Aumentando, resulta un reto inmenso para el Estado, evaluar cada una de las viviendas para ver si son o no dignas. Sin embargo, como concepto de derecho fundamental, el hábitat seguro y saludable y la vivienda adecuada y digna constituyen un elemento necesario inherente a la personalidad humana, ya que de lo contrario, difícilmente pueda un ser humano desarrollarse en un hábitat inseguro o en una vivienda inadecuada.

2.2.2.7 Derecho a la Salud

La Constitución establece que la salud “es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos (...) que sustentan el Buen Vivir” (Ibídem, art. 32). De igual forma, se reconoce expresamente el acceso permanente a la salud, oportuno y sin exclusión para todos los habitantes del Estado. La salud constituye un derecho fundamental para la consecución del Buen Vivir a la vez que representa una necesidad en la sociedad para alcanzarlo.

Establecido lo anterior, se debe aumentar que el derecho a la salud, al ser un derecho fundamental, tampoco puede ser objeto de mercantilización. De nuevo se presenta la misma situación que con el derecho a la educación. En la

realidad ecuatoriana, no estaría equivocado decir que, por lo general, la mayoría de reconocidos hospitales privados, son mejores que los hospitales públicos. Esto se debe principalmente a la saturación que sufren los hospitales públicos ya que no dan el suficiente abasto para la demanda de la población. Entonces, de conformidad con todo lo que se ha estudiado hasta ahora en la presente investigación, se puede decir que el Estado está facultado para obligar a los hospitales privados atender a cualquier paciente que desee ingresar, sin importar si tiene o no los recursos económicos.

2.2.2.8 Derecho al Trabajo y a la Seguridad Social

Finalmente, el derecho al trabajo y a la seguridad social compone el último de los Derechos del Buen Vivir. La Constitución de la República reconoce al trabajo no solamente como un derecho de las personas sino también como un deber social (art. 33). Es decir, el derecho al trabajo es una obligación de la sociedad que representa la fuente principal y la base de la economía nacional, puesto que sin trabajo no hay desarrollo y, por ende, no hay Buen Vivir, en teoría.

Se debe precisar, que el trabajo es el motor principal que mueve a la economía. Dicho esto, constituye un deber fundamental del Estado el garantizar y exigir el cumplimiento de este derecho, es decir, permitir que el mercado como tal se desarrolle de manera sustentable, pero sin demasiadas trabas, para que se creen nuevos puestos de trabajo y se permita a las personas accederlos, con el fin de alcanzar el Buen Vivir.

Consecuentemente, y en concordancia con el derecho al trabajo, se encuentra el derecho a la seguridad social, reconocido por la Constitución como un derecho irrenunciable, y una obligación primordial del Estado. Incluso, se garantiza el ejercicio pleno a la seguridad social "(...) a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo" (Constitución de la República, 2008, art. 34).

Se reconoce el derecho de toda persona que realiza cualquier actividad económica, e incluso aquellas que no realizan actividad económica alguna, al acceso libre e igualitario a la seguridad social, la cual será oportunamente brindada por el Estado puesto que constituye un derecho constitucional del Buen Vivir. El bienestar social de los ciudadanos, necesario para alcanzar el Buen Vivir, presenta un reto importante en el campo de la seguridad social, en especial, para aquellas personas que no tienen recursos suficientes para acceder a la seguridad social privada. La seguridad social de los ciudadanos es un derecho fundamental y, como tal, debe ser garantizado por el Estado.

2.2.3 Régimen de Desarrollo en la Constitución de la República

Previo al estudio del Régimen del Buen Vivir, detallado en el título VII de la Constitución de la República, resulta oportuno y necesario tratar el Régimen de Desarrollo, contenido en el título VI de dicho cuerpo legal y dividido en seis capítulos. El Régimen de Desarrollo tiene como fin alcanzar el Buen Vivir. La Constitución lo define como “el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del Buen Vivir, del *Sumak Kawsay*” (art. 275).

2.2.3.1 Principios Generales

Se insta en el Ecuador una serie de sistemas articulados y planificados de tal manera que apoyen la consecución del Buen Vivir. De esta forma, se presentan los siguientes siete objetivos básicos del Régimen de Desarrollo: i) Mejorar la calidad de vida de la población, ii) Construir un sistema económico justo basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, iii) Fomentar la participación y el control social, iv) Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable, v) Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, vi) Promover un ordenamiento territorial equilibrado y equitativo y, vii) Proteger y promover la diversidad cultural (Constitución de la República, 2008, art. 276).

Posterior a los objetivos del Régimen de Desarrollo, existen seis deberes primordiales del Estado para la consecución del Buen Vivir, que son: i) Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza, ii) Planificar el proceso de desarrollo, iii) Generar y ejecutar las políticas públicas, iv) Producir bienes, crear infraestructura y proveer servicios públicos, v) Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, y vi) Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes y los saberes ancestrales (Ibídem, art. 277).

Al ser determinados en la Constitución, estos deberes se convierten en mandatos constitucionales para el Estado. Es decir, las distintas instituciones gubernamentales deben consolidar las bases necesarias para garantizar a los ciudadanos el cumplimiento de estos deberes constitucionales; puesto que los mismos, son necesarios para la protección y promoción de los derechos fundamentales del Buen Vivir. El accionamiento de los poderes estatales para el cumplimiento de estos deberes constitucionales se materializa mediante el Plan Nacional de Desarrollo.

Finalmente, la Constitución determina dos deberes fundamentales para la consecución del Buen Vivir de todos los ciudadanos y colectividades en todas sus formas (art. 278), que son: el primero, la participación en los espacios de la gestión pública y de la planificación del desarrollo nacional y, el segundo, la responsabilidad social y ambiental al momento de producir, intercambiar y consumir bienes y servicios.

Con esto se busca instaurar en la sociedad deberes morales y constitucionales para todos los ecuatorianos para que de esa forma el Estado genere una conciencia en sus habitantes y se llegue así a consumir el Buen Vivir como finalidad primordial. Por lo tanto, existen también deberes constitucionales dirigidos a los ciudadanos, lo que da muestra que la consecución del objetivo principal del Estado se construye con una participación activa de todos quienes lo conforman.

2.2.3.2 Planificación para el desarrollo

El segundo capítulo del Régimen de Desarrollo, plasmado en los artículos 279 y 280 de la Constitución del Estado presenta dos cuestiones básicas: el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa y el Plan Nacional de Desarrollo o para el Buen Vivir, que a fin de cuentas resultan nombres distintos para el mismo Plan.

El Consejo Nacional de Planificación conforma el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa y tiene como objetivo dictar los lineamientos y las políticas para el desarrollo. Dichas políticas se expresan en el Plan Nacional de Desarrollo, instrumento al cual se deben acoger y sujetar las acciones estatales con el fin de promover el desarrollo que busque el Buen Vivir. Los derechos fundamentales constitucionales son reflejados en la planificación propuesta y detallada por el Plan de Desarrollo. Es así, que las políticas públicas, el presupuesto estatal, las inversiones públicas y las competencias exclusivas del Estado se delimitan en función del Plan Nacional para el Buen Vivir que reconoce la Constitución.

2.2.3.3 Soberanía Alimentaria

El capítulo III del Régimen de Desarrollo está compuesto por los artículos 281 y 282 y plantean un objetivo estratégico y una obligación para el Estado. La soberanía alimentaria busca garantizar el derecho del Buen Vivir de las personas al acceso seguro y permanente de alimentos sanos (Constitución de la República, 2008, art. 13). Se busca que el Ecuador alcance la autosuficiencia de alimentos sanos, es decir, que todos los ecuatorianos tengan acceso a una alimentación suficiente, saludable y nutritiva, para alcanzar el Buen Vivir, sin necesidad de la masiva importación de productos alimenticios para tal finalidad.

Para tal efecto, el Estado debe impulsar la producción nacional de alimentos, adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias que protejan a los sectores alimentarios, fortalecer la introducción de tecnologías ecológicas, establecer mecanismos preferenciales de financiamiento para los pequeños y medianos productores, promover la preservación y recuperación de la agro-

biodiversidad, entre otras varias acciones que son responsabilidades enteramente estatales (Ibídem, art. 281).

Por otro lado, y en relación al objetivo buscado de ser alimentariamente soberanos, se consolida una idea socialista: la función social que debe cumplir el uso de la tierra (Ibídem). Lo que se busca con este mandato es hacer un uso adecuado de la tierra para que de esa forma se propicien las condiciones para conseguir una soberanía alimentaria necesaria para el Buen Vivir. Implícitamente, se rechaza la importación excesiva de bienes alimenticios, con el fin de impulsar la producción nacional de los mismos.

Adicionalmente, se precautela un derecho fundamental a los sectores menos favorecidos de la sociedad. Se busca prevenir enfermedades derivadas del consumo de alimentos insalubres, al mismo tiempo que se garantiza la accesibilidad a alimentos saludables y nutritivos, mediante programas gubernamentales en cumplimiento con la Constitución.

2.2.3.4 Soberanía Económica

El capítulo IV del Régimen de Desarrollo, dividido en ocho secciones, busca garantizar a los ecuatorianos una soberanía económica que debe ser entendida como la capacidad estatal de manejar un sistema económico endógeno que garantice la inserción en la economía de los sectores menos favorecidos y propugne una nueva idea de solidaridad y cooperativismo en las actividades económicas.

Con esta finalidad, se crea un sistema económico social y solidario que reconoce al ser humano como sujeto y fin de la economía y propone una relación dinámica y equilibrada entre la sociedad, el Estado y el mercado, en armonía con la naturaleza (Ibídem, art. 283). Este punto será desarrollado más detalladamente en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación.

2.2.3.4.1 Política Económica

La política económica se construye mediante políticas individuales y específicas encaminadas a desarrollar actividades objetivas con el fin de

consolidar un cambio estructural en la economía nacional. La Constitución plantea nueve objetivos con el fin de alcanzar el Buen Vivir de los habitantes del país (art. 284).

Los objetivos de la política económica son: i) Distribuir el ingreso y la riqueza nacional, ii) Incentivar la producción nacional, iii) Asegurar la soberanía alimentaria y energética, iv) Promocionar la incorporación del valor agregado en los productos nacionales, v) Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, vi) Impulsar el pleno empleo, vii) Estabilidad económica, viii) Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios y, ix) Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.

2.2.3.4.2 Política Fiscal

Referente a la política fiscal, la Constitución plantea como un objetivo la generación de incentivos para la inversión en diferentes sectores de la economía (art. 285.3). No se determina si se refiere a inversión nacional o extranjera. Sin embargo, se deja abierta la posibilidad de que dichos incentivos sean también aplicables a la inversión internacional, constituyendo de esa forma un ambiente favorable para el inversor.

Sin perjuicio de lo señalado, se detalla que los incentivos son también para la producción de bienes y servicios socialmente deseables. De ese modo se restringe el campo de acción de dichos incentivos, puesto que es el Estado el encargado de determinar cuáles sectores y qué productos son socialmente deseables, para incentivarlos. Igualmente, se remarca que los gastos necesarios para salud, educación y justicia son prioritarios y no pueden ser financiados con ingresos no permanentes, solamente a manera de excepción (Ibídem, art. 286).

2.2.3.4.3 Endeudamiento Público

La sección tercera, referente al endeudamiento público, presenta regulaciones con el fin de precautelar el bienestar de todos los ecuatorianos en el margen de la búsqueda del Buen Vivir. La Constitución establece parámetros con el fin de

regular la capacidad de endeudamiento público y de esa manera asegurar a los ciudadanos los derechos fundamentales. Es por esto, que la Constitución reconoce que el Estado es responsable de que el endeudamiento público no afecte de manera negativa a los derechos constitucionales ni al Buen Vivir (Art. 290.2).

La acción positiva del Estado debe regirse a controlar los niveles de endeudamiento público, para que se garantice a los ciudadanos los derechos fundamentales, en otras palabras, el Estado no puede endeudarse de manera tal que los intereses colectivos se vean menoscabados.

2.2.3.4.4 Presupuesto General del Estado

La sección cuarta representa otro punto medular en la protección estatal de los derechos fundamentales, puesto que regula el Presupuesto General del Estado, mismo que debe regirse al Plan de Desarrollo para que coincida con los objetivos planteados en éste y ayude a la consecución del Buen Vivir. Al regular constitucionalmente el Presupuesto General del Estado, se está regulando, en esencia, el capital con el que el Estado debe trabajar en favor de sus habitantes para que éstos se vean plenamente garantizados y reconocidos en todos sus derechos constitucionales.

Es así, que la Constitución plantea que todos los programas y proyectos que sean financiados con recursos estatales, deben tener objetivos, metas y plazos predeterminados, que son evaluados de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo (Ibídem, art. 297). Esto posibilita que el Estado aplique programas que ayuden a garantizar el cumplimiento y respeto de los Derechos del Buen Vivir y colabora al mismo tiempo a la lucha de conseguir el objetivo primordial de brindar a la población la posibilidad de acceder a una vida digna en el marco Buen Vivir.

2.2.3.4.5 Régimen Tributario

La Constitución establece los principios del Régimen Tributario en la sección quinta del capítulo IV. Dicho régimen es un elemento esencial para que el

Estado pueda garantizar a los ciudadanos el acatamiento y reconocimiento de sus Derechos del Buen Vivir. Esto, debido a que el ingreso permanente de capital al aparato Estatal posibilita que el gobierno tenga recursos para poder, entre otras cosas, aplicar los derechos constitucionales y reconocerlos a favor de los grupos menos favorecidos.

2.2.3.4.6 Política monetaria

Dentro de la política monetaria, cambiaria, crediticia y financiera se señala como un objetivo principal que todos los excedentes de liquidez se orienten hacia la inversión requerida para el desarrollo del país (Ibídem, art. 302.3). Es decir, se garantiza a los ciudadanos que el Estado va a realizar proyectos encaminados a fortalecer el desarrollo del país. Sin embargo, sería conveniente primero definir qué se entiende como desarrollo, puesto que como se ha mencionado, no necesariamente se refiere a un desarrollo económico, sino más bien un desarrollo integral, sostenible y sustentable, que respete la naturaleza y los derechos fundamentales, con el fin de garantizar el Buen Vivir de todos los ecuatorianos.

2.2.3.4.7 Política Comercial

Entre los objetivos de la política comercial se destacan algunos que tienen relación directa con los aspectos importantes referentes al Buen Vivir. De esa forma, se menciona que el Estado debe desarrollar y fortalecer los mercados internos (Ibídem, art. 304.1), lo que supone una inyección de capital en los mismos para su desarrollo y propone una idea de recurrir a la inversión para su acometimiento.

En el marco de los derechos fundamentales, se encuentra una convergencia cuando los ciudadanos se ven beneficiados por el fortalecimiento de los mercados, es decir, el mismo mercado crea condiciones favorables para que las personas puedan exigir sus derechos que como tales les corresponde, y se llegue al Buen Vivir total.

2.2.3.4.8 Sistema Financiero

Finalmente, la sección octava del capítulo referente a la soberanía económica regula al sistema financiero, el cual necesariamente debe regirse y sujetarse al Plan Nacional de Desarrollo y buscar cumplir con sus objetivos, metas y lineamientos. Además, se reconoce el sector financiero popular y solidario (Ibídem, arts. 309 y 311) con el fin de reconocer la importancia del sector económico social y solidario.

Dicho sistema recibirá un trato diferenciado y preferencial (Ibídem, art. 311). Los derechos constitucionales de las personas son reconocidos en el sistema financiero popular y solidario, en especial de los grupos menos favorecidos, pues este sistema está pensado para el bienestar social y compone otra forma de protección estatal de los derechos fundamentales.

2.2.3.5 Sectores Estratégicos

El capítulo V del régimen del desarrollo constituye un elemento esencial para la consecución del Buen Vivir, debido a que señala facultades exclusivas del Estado sobre los denominados sectores estratégicos. Se reconoce el derecho exclusivo que el Estado tiene de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, los cuales se componen de los siguientes: la energía, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad, el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y cualquier otro sector que determine la ley (art. 313).

2.2.3.6 Trabajo y Producción

Finalmente, el último capítulo del Régimen de Desarrollo propuesto en la Constitución ecuatoriana, regula los asuntos relativos al trabajo y la producción, en un total de seis secciones individuales. Remarca así, la importancia de estos dos aspectos, trabajo y producción, para alcanzar el Buen Vivir nacional y, al efecto, reconoce: diversas formas de organización de la producción, varios tipos de propiedad y el derecho a gozar de la misma, el derecho al trabajo, las distintas modalidades del mismo y su retribución, el acceso equitativo a los

factores de producción, los intercambios económicos y el comercio justo y, la promoción del ahorro interno y la inversión productiva en el país (arts. 319 - 339).

2.2.4 Régimen del Buen Vivir en la Constitución de la República

La Constitución de la República presenta un nuevo Régimen de Desarrollo que busca cumplir con el objetivo primordial del Estado: alcanzar el Buen Vivir de todos sus habitantes. Con esta finalidad, se regula el Régimen del Buen Vivir, detallado en el título VII y, dividido en dos capítulos denominados: i) Inclusión y Equidad y, ii) Biodiversidad y Recursos Naturales (arts. 340 - 415).

2.2.4.1 Inclusión y Equidad

En correlación directa con los Derechos del Buen Vivir y con el fin de institucionalizarlos, la Constitución de la República crea el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social. Este sistema es el conjunto de instituciones y políticas que garantiza los derechos reconocidos en la Constitución, en especial los Derechos del Buen Vivir, y busca el cumplimiento de los objetivos del Régimen de Desarrollo (art. 340).

Dicho Sistema regula varias áreas y ámbitos de interés nacional tales como la educación, la salud, la seguridad social, entre otros y se especializa en asegurar el cumplimiento y el respeto de los derechos y principios constitucionales, en especial la igualdad en la diversidad y la no discriminación. Igualmente, trabaja con especial atención en priorizar sus acciones hacia los grupos considerados marginados o vulnerables de la sociedad, para de esa manera lograr conseguir una protección integral a través sistemas especializados en áreas de interés nacional.

2.2.4.1.1 Educación

En el ámbito educacional del país, el Sistema Nacional de Educación es el encargado de generar políticas públicas con la finalidad de buscar el desarrollo de las capacidades y potencialidades individuales y colectivas de la población

que contribuyan a consolidar una sociedad preparada y apta para los desafíos que a futuro pudieran enfrentar.

El Sistema busca difundir el aprendizaje en los sectores vulnerables de la sociedad ecuatoriana, y en especial la “generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura” (Ibídem, art. 343). De esa forma, se reconoce la necesidad del estudio de los saberes ancestrales ligados en armonía con las técnicas y conocimientos novedosos, para construir una sociedad más culta y que pueda llegar al Buen Vivir.

En cuanto a la educación superior, la Constitución establece que:

El sistema de educación superior tiene como finalidad la formación académica y profesional con visión científica y humanista; la investigación científica y tecnológica; la innovación, promoción, desarrollo y difusión de los saberes y las culturas; la construcción de soluciones para los problemas del país, en relación con los objetivos del Régimen de Desarrollo (art. 350).

Es decir, si bien se reconoce la importancia de los saberes y las técnicas ancestrales como parte fundamental de la identidad cultural nacional, se prioriza y promueve la investigación científica para la innovación y el desarrollo de la sociedad en armonía con las culturas y saberes nacionales. Por esta precisa razón, la Constitución establece que el Sistema de Educación Superior estará articulado al Sistema Nacional de Educación y al Plan Nacional de Desarrollo.

2.2.4.1.2 Salud

Relacionado al ámbito de la salud, el Sistema Nacional de Salud tiene como finalidad el desarrollo, la protección y la recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable de todos los ecuatorianos (Ibídem, art. 358), puesto que constituye un requisito imprescindible para el Buen Vivir de la población. El Sistema Nacional de Salud garantiza el acceso universal a una atención oportuna e integral para precautelar la salud nacional, y promueve que dicha salud sea complementada con las medicinas ancestrales y alternativas, reconociendo así la importancia de los saberes ancestrales y el restablecimiento del rescate de culturas olvidadas o marginadas en el tiempo.

Es responsabilidad del Estado, universalizar la atención a la salud, mejorar permanentemente la calidad y ampliar la cobertura (Ibídem, art. 363.2). Estos elementos son esenciales en la búsqueda del Buen Vivir, pero resultan complicados sin el requerido talento humano que lo lleven a cabo, razón por la cual es además responsabilidad de Estado “fortalecer los servicios estatales, incorporar el talento humano y proporcionar la infraestructura física y el equipamiento a las instituciones públicas de salud” (Ibídem, art. 363.3).

2.2.4.1.3 Seguridad Social

Referente al tercer ámbito de acción del Régimen del Buen Vivir, en concreto, al Sistema Nacional de Seguridad Social, la Constitución de la República establece que dicho sistema es el encargado de atender las necesidades de la población, en contingencias relacionadas con enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos laborales, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad y muerte (Ibídem, art. 369). Queda prohibida la privatización de la seguridad social (Ibídem, art. 367), puesto que constituye un deber fundamental y una obligación del Estado con sus habitantes para la consecución del Buen Vivir.

2.2.4.1.4 Hábitat y Vivienda

Conexo al Derecho del Buen Vivir a un hábitat seguro y una vivienda digna (Ibídem, art. 30), la Constitución de la República faculta al Estado la expropiación, reserva y control de áreas estratégicas para el desarrollo (art. 367). Estas áreas estratégicas podrán constituir elementos necesarios para el Buen Vivir, debido a la importancia que existe en generar lugares ambientalmente amigables y sustentables y que a la vez proporcionen espacios físicos para la vivienda de la población ecuatoriana.

Igualmente, se constituye como obligaciones estatales brindar un acceso universal a la vivienda, mejorar las viviendas precarias, y desarrollar planes y programas de financiamiento para viviendas de interés social, enfatizado para las personas de los grupos marginales, en especial personas de escasos recursos y mujeres jefes de familia (Ibídem, art. 375).

2.2.4.1.5 Cultura

La cultura es otro elemento fundamental para el Régimen del Buen Vivir. El Sistema Nacional de Cultura tiene como finalidad:

(...) fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultura (Ibídem, art. 377).

Las culturas, de distintas nacionalidades, que conforman el Ecuador, juegan un rol importante en la búsqueda del Buen Vivir poblacional, puesto que el mismo no puede ser pretendido al menos que exista un reconocimiento expreso de las culturas y un respeto especializado de las mismas.

Por este motivo, la Constitución de la República nombra patrimonio cultural las lenguas, tradiciones y manifestaciones culturales, las construcciones, monumentos, sitios naturales y paisajes referentes de identidad nacional, los documentos, objetos, archivos, bibliotecas y museos con valor histórico, las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas y, en general, los bienes culturales patrimoniales del Estado, mismos que son inalienables, inembargables e imprescriptibles (art. 379).

2.2.4.1.6 Cultura Física y Tiempo Libre

La sección sexta del capítulo I del Régimen del Buen Vivir reconoce la necesidad de crear una cultura física en la población ecuatoriana. De igual forma, garantiza a las personas el derecho a gozar de tiempo libre y el descanso, pues componen elementos necesarios para una vida digna.

2.2.4.1.7 Comunicación Social

Otro elemento fundamental para el desarrollo humano y en consecuencia el desarrollo de una vida digna de la población ecuatoriana es el derecho a la comunicación, tercer Derecho del Buen Vivir (Ibídem, art.16). En cuanto a la comunicación social, el Sistema Nacional de Comunicación Social garantiza el derecho a la comunicación, la información y la libertad de expresión (Ibídem, art. 384).

2.2.4.1.8 Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales

Para una vida digna que cumpla los principios del Buen Vivir, es necesario que el Estado aborde el tema de la ciencia y la tecnología como requisito imprescindible para generar un desarrollo en la sociedad y una consecuente mejor vida. Para tal efecto, el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales tiene como finalidad, además de generar nuevos conocimientos científicos, (Ibídem, art. 385.1), recuperar los conocimientos ancestrales de los distintos pueblos y nacionalidades ecuatorianas que con el pasar de los años han disminuido debido a la desaparición de ciertos saberes, pero que sin duda constituyen elementos fundamentales de la identidad nacional (Ibídem, art. 385.2).

En armonía con lo mencionado, el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales busca desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del Buen Vivir (Ibídem art. 385.3). Vale la pena rescatar que todas estas finalidades deberán enmarcarse dentro del respeto ambiental, de la naturaleza, de la vida, de las culturas y de la soberanía.

Es decir, no se busca solamente un desmesurado crecimiento económico donde el capital juega el papel principal, sino que el Estado como tal, y la sociedad en especial, puedan llevar una mejor calidad de vida, enfocada hacia todos por igual y no hacia ciertos sectores de la población solamente.

2.2.4.1.9 Gestión de Riesgo

El Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgo busca proteger a la población de los efectos negativos de los desastres naturales para una vida tranquila y que contribuya a la consecución de Buen Vivir. Para esto, la Constitución señala una serie de funciones principales del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgo con el fin de proveer a la población con información oportuna en caso de un posible desastre natural y de asistirle de

manera efectiva, brindando los recursos necesarios y la ayuda especializada que contribuyan a que las personas tengan una solución pronta a los problemas que se puedan originar de cualquier catástrofe de cualquier índole (Ibídem, art. 389).

2.2.4.1.10 Población y Movilidad Humana

Respecto a los temas de población y movilidad humana tratados en la sección décima del capítulo I del Régimen del Buen Vivir, la Constitución de la República establece que:

El Estado generará y aplicará políticas demográficas que contribuyan a un desarrollo territorial e intergeneracional equilibrado y garanticen la protección del ambiente y la seguridad de la población, en el marco del respeto a la autodeterminación de las personas y a la diversidad (art. 391).

Se requiere de un ambiente sano para que las personas puedan llevar una vida digna. Igualmente, se requiere de un reconocimiento y respeto especial a la diversidad cultural, que conforman a la población y son el elemento humano necesario para alcanzar el Buen Vivir.

2.2.4.1.11 Seguridad Humana

La Constitución garantiza la seguridad humana a través de políticas que aseguren una convivencia pacífica de las personas (art. 393).

2.2.4.1.12 Transporte

Finalmente, el transporte constituye el último elemento que compone el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social del Régimen del Buen Vivir. La Constitución de la República reconoce la libertad igualitaria y sin preferencias de las personas al transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial dentro del territorio nacional (art. 394).

2.2.4.2 Biodiversidad y Recursos Naturales

2.2.4.2.1 Naturaleza y Ambiente

La Constitución de la República establece una serie de principios ambientales requeridos para la obtención del Buen Vivir en la sociedad ecuatoriana

(art. 395). Así, presenta un modelo de desarrollo ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que satisfaga las necesidades humanas, tanto en el presente como en el futuro (art. 395.1). Para esto, se garantiza que el Estado debe adoptar medidas oportunas que eviten posibles daños ambientales y se reconoce la imprescriptibilidad de cualquier acción legal que se pueda iniciar para sancionar dichos daños (art. 396).

2.2.4.2.2 Biodiversidad

La sección segunda del capítulo II del Régimen del Buen Vivir declara a la biodiversidad como tema de interés nacional, y reconoce que el Estado ejercerá soberanía sobre la misma, con una administración y gestión que contemple una responsabilidad inter-generacional (Ibídem, art. 400). Resulta necesario, aplicar políticas públicas con responsabilidad intergeneracional¹⁷, al abordar el tema de la biodiversidad, puesto que para acceder al Buen Vivir es prioritario que se lo garantice a las futuras generaciones, es decir, se construya una sociedad a futuro que goce de los beneficios de convivir en un país biodiverso.

Así también, la Constitución prohíbe la aplicación de biotecnologías riesgosas o experimentales, así como el otorgamiento de derechos sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional (arts. 401 - 402).

2.2.4.2.3 Patrimonio Natural y Ecosistemas

En concordancia con lo anterior, la sección tercera del mismo capítulo II determina al patrimonio natural del Ecuador como único e invaluable (Ibídem, art. 404). Se crea el Sistema Nacional de Áreas Protegidas para garantizar la conservación de la biodiversidad (Ibídem, arts. 404 - 405) y se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en áreas protegidas (Ibídem, art. 407), con el fin de conservar el patrimonio natural, cuidar al ecosistema y generar un Buen Vivir de todos los habitantes del país.

¹⁷ Se refiere a la responsabilidad existente de conservar el medio ambiente, de las generaciones actuales, con las generaciones futuras.

2.2.4.2.4 Recursos Naturales

El artículo 408 de la Constitución de la República determina que los recursos naturales no renovables son de prioridad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado y plantea que el mismo no podrá participar en un monto inferior de los beneficios obtenidos por el aprovechamiento y la explotación de dichos recursos por parte de empresas nacionales o extranjeras. Coloca de esta manera al Estado en una situación favorable que traerá beneficios para sus habitantes y colaborará con el Buen Vivir.

2.2.4.2.5 Suelo y Agua

En relación al suelo y al agua, la Constitución reconoce que el Estado es el encargado de conservarlos y manejarlos (Ibídem, arts. 409 y 411). Se declara la conservación del suelo de interés público (Ibídem, art. 409), puesto que para acceder al Buen Vivir de las personas que subsisten de la agricultura, es necesario que se proteja al suelo y se prevenga la degradación del mismo. Con referencia al agua, la conservación y manejo de los recursos hídricos constituyen un deber fundamental del Estado al ser un bien preciado y vital para la vida y en consecuencia, su acceso y uso es necesario para el Buen Vivir.

2.2.4.2.6 Biosfera, Ecología Urbana y Energías Alternativas

Finalmente, la última sección del segundo capítulo del Régimen del Buen Vivir presenta las medidas que el Estado debe adoptar para promover la eficiencia energética y de esa forma aportar con políticas favorables para la constitución del Buen Vivir (Ibídem, arts. 413 y 414).

2.3 Plan Nacional de Desarrollo: Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017

El Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017¹⁸ es “la hoja de ruta de la actuación pública para construir los derechos de las personas” (Senplades, 2013, p.13). El Plan es la base del desarrollo de todas las políticas públicas en

¹⁸ Para fines de este subtítulo se lo denominará simplemente como “el Plan”.

el Ecuador. Este Plan es el tercero que se ha implementado en el país. El primero fue el Plan Nacional de Desarrollo 2007 – 2010, posteriormente, se presentó el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009 – 2013 y, finalmente, el Plan actual que se está ejecutando y se lo deberá seguir ejecutando hasta finales del año 2017.

Los objetivos de los Regímenes de Desarrollo y de Buen Vivir se materializan mediante el Plan de Desarrollo. De igual forma, toda actividad relacionada a una inversión internacional deberá estar conforme a los objetivos específicos de dicho Plan de Desarrollo. El actual Plan contiene un total de doce objetivos concentrados en tres grupos: uno relacionado con los derechos y libertades para el Buen Vivir, otro relacionado con la transformación económica y productiva, y el último, relacionado con la construcción del poder popular y el Estado. Cada uno de los doce objetivos incluye metas, políticas y lineamientos estratégicos. El Plan tiene un total de 83 metas, 111 políticas y 1089 lineamientos estratégicos.

Los doce objetivos del Plan para el Buen Vivir vigente son los siguientes:

1. Consolidar el Estado democrático y la construcción del poder popular.
2. Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial en la diversidad.
3. Mejorar la calidad de vida de la población.
4. Fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía.
5. Construir espacios de encuentro común y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad.
6. Consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral, en estricto respeto a los derechos humanos.
7. Garantizar los derechos de la naturaleza y promover la sostenibilidad ambiental territorial y global.
8. Consolidar el sistema económico social y solidario, de forma sostenible.
9. Garantizar el trabajo digno en todas sus formas.
10. Impulsar la transformación de la matriz productiva.

11. Asegurar la soberanía y eficiencia de los sectores estratégicos para la transformación industrial y tecnológica.
12. Garantizar la soberanía y la paz, profundizar la inserción estratégica en el mundo y la integración latinoamericana.

El anterior Plan Nacional para el Buen Vivir 2009 – 2013, por su parte, presentaba los siguientes doce objetivos:

1. Auspiciar la igualdad, cohesión e integración social y territorial en la diversidad.
2. Mejorar las capacidades y potencialidades de la ciudadanía.
3. Mejorar la calidad de vida de la población.
4. Garantizar los derechos de la naturaleza y promover un ambiente sano y sustentable.
5. Garantizar la soberanía y la paz, e impulsar la inserción estratégica en el mundo y la integración latinoamericana.
6. Garantizar el trabajo estable, justo y digno en su diversidad de formas.
7. Construir y fortalecer espacios públicos, interculturales y de encuentro común.
8. Afirmar y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad.
9. Garantizar la vigencia de los derechos y la justicia.
10. Garantizar el acceso a la participación pública y política.
11. Establecer un sistema económico social, solidario y sostenible.
12. Construir un Estado democrático para el Buen Vivir.

En consecuencia, se evidencia que solamente los objetivos 10 y 11 del actual Plan son distintos en comparación al anterior. De este modo, el cambio de la matriz productiva y la soberanía de los sectores estratégicos para asegurar este cambio son dos elementos sumamente importantes que han sido introducidos como objetivos esenciales del actual Plan y que representan intereses determinables del Estado.

2.4 Marco jurídico regional para el tratamiento de las inversiones extranjeras en el Ecuador: Decisión 291: Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías

La Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en adelante y para fines de este subtítulo simplemente la Decisión 291) presenta el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, y constituye el marco jurídico institucional regional para el tratamiento de las inversiones extranjeras aplicable en el Ecuador. La Decisión 291 fue firmada en la ciudad de Lima, Perú, el 21 de marzo de 1991, y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 682 de 13 de mayo de 1991, en el Ecuador.

Entre las cuestiones relativas al tratamiento de la inversión extranjera, la Decisión 291 establece la igualdad de derechos y obligaciones que los inversionistas internacionales gozan en comparación con los inversionistas nacionales (art. 2). De la misma forma, y en concordancia con lo que establecen los TBI referente a la repatriación de capitales, la Decisión 291 establece el derecho de los propietarios de una inversión extranjera a transferir al exterior las utilidades que provengan de sus inversiones (art. 4). Finalmente, la Decisión 291 determina la posibilidad que los Estados miembros tienen para aplicar sus legislaciones internas en la solución de controversias en materia de inversiones (art. 10). En definitiva, esta Decisión 291 trata temas reconocidos en los TBI que representan garantías mínimas para los intereses de los inversionistas extranjeros en el país.

2.5 Marco jurídico nacional para el tratamiento de las inversiones extranjeras en el Ecuador: Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (en adelante simplemente Código de la Producción) publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 351 de 29 de diciembre de 2010, es el instrumento legal mediante el cual se regula todo lo relacionado a las inversiones internacionales.

Hasta antes de la promulgación de este Código, las inversiones extranjeras eran reguladas por la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (Ley No. 46), publicada en Registro Oficial No. 219 de 19 de diciembre de 1997 y derogada de conformidad con la disposición transitoria j) del Código de la Producción.

El Código de la Producción aplica a todas las personas naturales o jurídicas que desarrollen una actividad productiva (art. 1), entendiéndose a ésta como cualquier actividad humana que transforma insumos en bienes y servicios que generen valor agregado (art. 2). Es decir, regula las actividades económicas y productivas de inversionistas extranjeros en el territorio nacional. Dentro de los fines de esta ley, se encuentra: incentivar y regular todas las formas de inversión privada y regular la inversión productiva en sectores estratégicos de la economía (art. 4 lit. h) e i)).

El mencionado cuerpo legal define a la inversión extranjera como aquella que es de propiedad o se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras no domiciliadas en el territorio nacional, o aquella que se realice con capital no generado en el Ecuador (art. 13, lit. c); y establece que la inversión productiva es “(...) [el] flujo de recursos destinados a producir bienes y servicios, a ampliar la capacidad productiva y a generar fuentes de trabajo en la economía nacional” (art. 13, lit. a).

Entonces, se puede decir que esta ley incentiva a las inversiones internacionales, siempre y cuando se presenten en forma de inversiones productivas que concuerden con el Plan Nacional de Desarrollo y promuevan el Buen Vivir.

Capítulo III: Análisis

3.1 Introducción

En este capítulo se evidenciará el aporte de esta investigación en cuanto a la discusión y análisis de los distintos puntos de compatibilidad e incompatibilidad entre el Buen Vivir¹⁹ y los TBI. De este modo, el capítulo se divide de la siguiente manera. Primero, se plantean algunas cuestiones preliminares interesantes y necesarias para comprender la situación actual del Ecuador y su posición política e ideológica frente a la suscripción de TBI como documentos para incentivar la inversión extranjera en el país. Posteriormente, se analizan los puntos donde existen compatibilidades entre el Buen Vivir y los TBI.

De esa forma, se mencionan las ventajas de los TBI, antes de pasar al análisis detallado de los puntos aplicables al caso. Este análisis se lo hace en relación a los Derechos del Buen Vivir, el Régimen de Desarrollo, el Régimen del Buen Vivir y el Plan Nacional para el Buen Vivir. Lo mismo se realiza en cuanto a las incompatibilidades, con algunas cuestiones adicionales que no aplican dentro del primer análisis, como por ejemplo las Garantías Constitucionales y los Principios de las Relaciones Internacionales plasmados en la Constitución de la República. Finalmente, se analizan ejemplos concretos de la aplicación de la ideología del Buen Vivir en normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, al igual que incompatibilidades con la lógica de razonamiento de los arbitrajes internacionales del CIADI.

3.2 Cuestiones preliminares

Previo al análisis de compatibilidad entre los TBI y el Buen Vivir reconocido en la Constitución de la República y materializado en el Plan Nacional para el Buen Vivir, es importante mencionar algunas cuestiones que ayudarán al posterior análisis. Básicamente, se debe considerar la situación actual del

¹⁹ Entiéndase en este punto cuando se habla de Buen Vivir se hace referencia al Buen Vivir, al *Sumak Kawsay*, a los derechos del Buen Vivir, al Régimen de Desarrollo, al Régimen del Buen Vivir y al Plan Nacional del Buen Vivir como una solo bloque o conjunto. Posteriormente se individualizará cada uno de estos elementos para analizar su compatibilidad con los TBI.

Ecuador frente a todos los TBI que ha suscrito, que en total suman 29, entre vigentes, expirados y denunciados²⁰.

La Constitución de la República compromete a todos los TBI que contengan una o varias cláusulas que reconozcan al arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias, puesto que, de conformidad a lo señalado en el artículo 422²¹, son inconstitucionales. Sin embargo, hay que recordar que todo TBI establece que toda inversión realizada con fecha anterior a la de terminación del mismo, sea por caducidad o denuncia de una de las partes, será protegida por un período adicional de cinco, diez o quince años, dependiendo del tratado²². Es decir, si bien el Ecuador tiene el derecho de denunciar todos los TBI que ha suscrito, tiene también la obligación de respetar las inversiones efectuadas antes de la fecha de la denuncia por un período adicional correspondiente estipulado en cada tratado.

Una de las principales razones para que el Ecuador desconozca los TBI, en especial por las cláusulas relativas a la solución de controversias, “responde a la intención del gobierno de tratar de blindar al país ante las demandas de inversionistas extranjeros” (Andrade, 2011, p.183). Pues, resulta evidente que, uno de los principales problemas del Ecuador frente a las diferencias relativas a inversiones extranjeras es que existen casos de arbitraje internacional en el que el país se ha visto perjudicado por laudos arbitrales que condenan al pago de millonarias sumas de dinero²³.

Además de esto, el Estado se ha visto involucrado en varios procesos de arbitraje internacional en estos últimos años. Según indica Suárez (2011, p.64), el Ecuador ha sido uno de los protagonistas en el campo del arbitraje internacional en los últimos años, ya que ha suscrito más de veinte TBI y ha estado involucrado en al menos doce disputas.

²⁰ Ver Anexo 1: Tabla informativa de los TBI suscritos por el Ecuador y el estado procesal de los mismos.

²¹ Prohíbe de manera expresa ceder jurisdicción soberana a instancias arbitrales internacionales (excepto regionales), para resolver controversias contractuales o de índole comercial.

²² Conocida como cláusula de supervivencia

²³ Ver por ejemplo caso *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company vs República del Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/06/11), donde el Estado es obligado a pagar la suma de USD 1.769.625.000,00 más los intereses correspondientes a la compañía estadounidense por concepto de indemnización por incumplimiento del TBI Ecuador-Estados Unidos, específicamente por la falta de un trato justo y equitativo.

Haciendo un recuento histórico de la visión de los países en América Latina, respecto a la utilización del arbitraje internacional como medio de solución de controversias en materia de inversión internacional, se debe mencionar que:

(...) la tendencia en los años noventa hacía pensar que la utilización del arbitraje internacional como medio para resolver los diferendos sobre inversiones extranjeras fuera un poco incierto, dado el fuerte arraigo a esta ideología nacionalista consagrada en la Cláusula Calvo (Lizarazo 1997, p.119).

Conforme las ideologías fuertemente nacionalistas fueron mutando y modificándose a aceptar nuevas tendencias, el pensamiento, en torno al arbitraje internacional, cambió en la mayoría de estos países (los latinoamericanos). Es importante mencionar el caso del Ecuador, ya que en el año 2008, el país denunció nueve TBI, la mayoría de estos con países de Latinoamérica (Suárez, 2011, p.66). Esto demuestra la falta de interés del Estado en acogerse a tratados internacionales protectores de inversiones extranjeras. Así, en estos últimos años, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la inconstitucionalidad de todas aquellas disposiciones en varios TBI referentes a las cláusulas de solución de controversias, concluyendo que éstas no se ajustan a la Constitución de la República (Ibídem).

Adicionalmente, el mencionado artículo 422 de la Constitución de la República, constituye la razón principal para que el país haya desconocido varios TBI y más importante aún, haya denunciado el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante simplemente CIADI). La posición del Ecuador frente al CIADI, es de total desconfianza, no solo por los fallos en contra, sino porque considera que los árbitros actúan, en la mayoría de los casos, a favor de los intereses de los inversionistas extranjeros. Sin embargo, esto no necesariamente es así.

Los autores Íñigo Salvador y Mélanie Riofrío afirman que, luego de analizar las estadísticas respecto de los casos concluidos en el CIADI en los que el Ecuador ha sido parte demandada, existe una clara equivalencia entre casos ganados y casos perdidos, por lo que aseguran que “no podemos hablar

de una parcialización de los tribunales arbitrales” (2011, pp.97-100). Analizando el historial de arbitrajes internacionales que tiene el Ecuador se encuentra que, ganó dos casos, perdió tres, llegó a acuerdos amistosos en cinco casos, y en uno tuvo una de victoria parcial (Ibídem). Además, tiene nueve casos pendientes en el CIADI, y tres notificaciones antes de la presentación de demandas (Ibídem).

Sin perjuicio de lo mencionado, y considerando que la mayoría de arbitrajes que enfrenta el Ecuador se originan en TBI suscritos con países exportadores de capital (Andrade, 2011, p.185), el Presidente de la República, mediante Decreto Ejecutivo No. 1823 del 2 de julio de 2009, denunció y declaró terminado el CIADI (Salvador & Riofrío, 2011, p.92). El fundamento para esta decisión se basó, en gran medida, en la inconstitucionalidad de los TBI donde existía una supuesta pérdida de soberanía jurisdiccional al permitir someter a arbitraje internacional las diferencias en materia de inversiones extranjeras.

De hecho, se afirma que existe una cesión de jurisdicción y por ende un irrespeto a la soberanía jurisdiccional, ya que la solución de controversias entre Estado e inversionista no se la realiza en cortes nacionales (Ibídem). Sin embargo, el artículo 422 de la Constitución, si bien prohíbe ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, puntualiza que la prohibición aplica en controversias contractuales o de índole comercial, y no a controversias relativas a inversiones.

Aparece aquí otro debate, puesto que es “fundamental diferenciar las controversias comerciales de las controversias derivadas de inversiones” (Ibídem, p.101). Por un lado, las controversias contractuales o de índole comercial no necesariamente deben ser consideradas, según el artículo 25.1 del Convenio CIADI, “diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”. Si bien las controversias por incumplimientos contractuales pueden ser invocadas en aplicación a la cláusula paraguas, no constituye una garantía que el Tribunal Arbitral acepte dicha petición, puesto que existe

jurisprudencia que demuestra lo contrario²⁴, es decir, que el Tribunal se declare incompetente para resolver incumplimientos contractuales.

En consecuencia, se puede concluir que el artículo 422 de la Constitución no representa un impedimento para celebrar TBI donde se acepten métodos alternativos de solución de controversias, como el arbitraje internacional, principalmente por dos razones fundamentales. Primero, el artículo es claro en establecer que se prohíbe ceder jurisdicción a instancias arbitrales en controversias contractuales o de índole comercial, no prohibiendo de manera expresa a controversias surgidas por diferencias en materia de inversión internacional y, como en el derecho privado se puede hacer todo lo que no esté prohibido, no podría hablarse de una inconstitucionalidad de los TBI celebrados por el Ecuador.

En segundo lugar, y suponiendo que de hecho se prohíba ceder jurisdicción a tribunales arbitrales internacionales en disputas relacionadas con inversiones, los TBI, de conformidad a lo dispuesto en el primer capítulo de este trabajo de investigación, permiten establecer determinadas obligaciones procesales como condición previa a acudir al arbitraje internacional. Entonces, es posible obligar a los inversionistas extranjeros a resolver sus controversias en las cortes nacionales previo cualquier reclamo internacional.

3.3 Compatibilidades entre el Buen Vivir y los TBI

3.3.1 Ventajas de los TBI

Antes de estudiar los puntos de compatibilidad con el Buen Vivir, es importante mencionar las ventajas que tienen los TBI y, la manera en la que su suscripción puede ser positiva para el Estado en la consecución del Buen Vivir de todos sus habitantes.

Los TBI tienen varias ventajas, no solamente para los inversionistas extranjeros, sino también para los países receptores de la inversión. Una ventaja es que la protección del inversor frente a acciones del Estado receptor

²⁴ Ver caso SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Pakistán (Caso CIADI No. ARB/01/13), donde el Tribunal Arbitral se declaró incompetente para resolver diferencias en materia contractual.

se independiza de la protección diplomática del Estado de la nacionalidad del inversor (Pallarés, 2005, p.66). La intervención diplomática de un Estado, por lo general, genera consecuencias mayores que si los problemas son resueltos entre el Estado y el inversor.

Otra ventaja es que los TBI son elementos positivos para la atracción de la inversión, y consecuentemente, el supuesto crecimiento económico del Estado. El crecimiento económico no significa un desarrollo integral del país, pero es evidente que si existen mayores flujos de capital en la economía nacional, ésta crecerá. Se puede entonces decir que existe una notable importancia de la inversión extranjera para el desarrollo económico de los Estados (Zapata, 2000, p.127).

Sin perjuicio de lo antes mencionado, se debe realizar el siguiente análisis económico. Como se mencionó en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, el PIB es el principal indicador internacional mediante el cual se miden a los países. Dicho esto, el PIB del Ecuador en el 2009, según datos del Banco Mundial (2014), era de 62.5 mil millones de dólares de los Estados Unidos de América, mientras que, en el 2012, último año del cual se puede encontrar esta información, el PIB del Ecuador fue de 84 mil millones de dólares de los Estados Unidos de América. Esto demuestra un incremento del PIB de un 34.4% en un periodo de tres años, periodo en el cual el Ecuador denunció diez TBI²⁵, lo cual determina que el crecimiento económico del país, no está, únicamente, relacionado a la suscripción de TBI. Sin embargo, no se puede desconocer las ventajas de los TBI, de acuerdo a lo analizado en el presente punto 3.3.1.

Los TBI son el motor principal de la liberalización de las inversiones (Garriga, 2009, p.281). Al decir liberalización de las inversiones, se hace referencia a una globalización de la economía respecto al traslado de capitales internacionales. Es así que, algunos países en desarrollo, atribuyen una importancia relativa a los TBI como mecanismo idóneo para obtener mayores flujos de inversión y, de esa forma, promover el desarrollo económico

²⁵ Ver Anexo 1: Tabla informativa de los TBI suscritos por el Ecuador y el estado procesal de los mismos.

(Lizarazo, 1997, p.96). No se puede desconocer que mediante la suscripción de TBI se logra administrar el riesgo político de los países en desarrollo, con el efecto de que aumente el volumen de inversión (Suárez, 2011, p.62).

Además, mediante la suscripción de TBI, se logra mayor seguridad en el tema de inversiones, situación que, según Zapata (2000, p.130), beneficia tanto al exportador de capital como al país receptor del mismo. Este argumento es debatible, puesto que si bien beneficia al inversor, sería necesario evaluar los beneficios reales que tienen sobre el país receptor, en especial, evaluar el costo social que una inversión extranjera desmesurada puede causar. Por ejemplo, si viene una empresa transnacional a competir en igualdad de condiciones con una local, seguramente la transnacional va a causar que la local desaparezca, y puede pasar que, la transnacional no requiera de personal ecuatoriano, por lo que causaría que los puestos de trabajo que fueron perdidos por la desaparición de la empresa local, no sean reemplazados. Una cosa es innegable, celebrar este tipo de tratados debería crear un beneficio para el país receptor de la inversión, que es el supuesto aumento de capital extranjero en su economía. Sin embargo, no existen evidencias que permitan trazar una clara relación entre la suscripción de TBI con el aumento de la inversión extranjera directa.

Ahora bien, una cosa es cierta, los TBI ayudan a que el inversor extranjero evalúe hasta qué punto puede llegar a verse sujeto a tratamientos impredecibles y arbitrarios (Restrepo, 1997, p.9). Dicho esto de otra forma, los TBI ayudan que el inversor se sienta seguro que no será sujeto de tratamientos impredecibles o arbitrarios, lo que, de manera conexas, debería suponer un mayor interés por el inversor extranjero en invertir en el país. Como elemento adicional que soporta esta afirmación, vale la pena mencionar lo que establece Zapata (2000, p.147), quien cree que es importante que el posible inversionista encuentre un ambiente (jurídico) propicio en el país receptor y, además, conozca de antemano el trato que se dará a su inversión.

Es importante señalar que los TBI pueden ser vistos como instrumentos idóneos para asegurar a los inversionistas, de determinados países, un

tratamiento preferencial frente a otros inversionistas extranjeros (Zapata, 2000, p.158). Se debe evaluar las oportunidades reales que existen en cuanto a los beneficios que pueden traer la suscripción de TBI con determinados países para poder poner en práctica lo que argumenta Zapata. Es decir, no se trata de solamente celebrar la mayor cantidad de TBI posibles, sino de estudiar, en relación a las necesidades reales y prácticas del país y, en relación a lo que el Buen Vivir y el *Sumak Kawsay* buscan, cuáles TBI serían beneficiosos y con qué país o países se obtendría mayores beneficios para los ecuatorianos y

De igual forma, los TBI crean una imagen de mayor protección al inversor y a su dinero, y despeja la visión de un ambiente riesgoso y de desprotección (Rodríguez, 2005, p.131). Si bien esto trae ventajas para el país, se debe tener cuidado de no caer en el sobre proteccionismo de las inversiones extranjeras en desmedro de las nacionales, es decir, debe siempre haber una igualdad en los tratos que el país otorga a la inversiones extranjeras y a las nacionales. La razón por la que no se debe caer en el sobre proteccionismo es la desigualdad que puede existir, dependiendo del sector económico, entre empresas nacionales y empresas extranjeras. Es decir, no se puede sobre proteger una inversión extranjera por que se la estaría poniendo en ventaja frente a las inversiones locales, y eso, sin duda, es perjudicial para los intereses del país.

Finalmente, con los TBI se consigue un doble objetivo: primero se da seguridad y protección legal al inversor en el territorio nacional del país receptor de la inversión. Segundo, se alcanza el compromiso por parte de ambos Estados suscriptores de admitir inversiones procedentes de los nacionales del otro Estado (Ibídem, p.132). Así, es justo reconocer que los TBI también conducen a mejorar el desarrollo económico a través de una importante promoción y protección a las inversiones extranjeras. Sin embargo, en cuanto al primer objetivo de los TBI, se debe mencionar que lo mismo, y hasta más, se puede conseguir con justicia local efectiva e imparcial.

3.3.2 Compatibilidad entre los Derechos del Buen Vivir y los TBI

3.3.2.1 Derecho a la Cultura y a la Ciencia

Entre los Derechos del Buen Vivir compatibles con los TBI, se puede mencionar el derecho a la cultura y la ciencia. El avance tecnológico, normalmente, se encuentra en países desarrollados²⁶, por lo que para que el Estado pueda garantizar el derecho de las personas a gozar de los beneficios de los avances científicos, será necesario asegurar el acceso de las personas a estos beneficios. En otras palabras, es esencial permitir que nuevas tecnologías ingresen al país, ya sea en forma de importaciones o de inversiones. Es así que, en teoría, las inversiones extranjeras, amparadas por los TBI, son plenamente compatibles si se realizan en este campo y para garantizar este derecho, estableciendo cierto comportamiento de acuerdo al Buen Vivir. Esta compatibilidad, claro está, existe siempre y cuando el Estado utilice la tecnología proveniente de inversiones extranjeras.

3.3.3 Compatibilidad entre el Régimen de Desarrollo y los TBI

3.3.3.1 Régimen Tributario

Uno de los principios constitucionales del régimen tributario es la progresividad (Constitución de la República, 2008, art. 300). Por progresividad se entiende que las personas que mayores ingresos obtengan, serán las que mayor monto de tributos paguen y, de esa manera, solventar, en cierta medida, las acciones estatales dirigidas al reconocimiento y aplicabilidad de los Derechos del Buen Vivir. Dicho esto, las inversiones internacionales que generen altos réditos económicos deben pagar los correspondientes impuestos generados. Esto representa una situación favorable y positiva para el Estado al momento de aceptar inversiones extranjeras y, por ende, en la mayoría de los casos, puede ser considerado como compatible con los TBI.

²⁶ Entiéndase “desarrollados” a las potenciales mundiales, como los Estados Unidos de América, los países europeos, el Japón, entre otros.

3.3.3.2 Política Comercial

La Constitución de la República promulga fortalecer el aparato productivo y la producción nacional (art. 304.3). Esto, en principio, supone dejar en segundo plano la incentivación de la inversión extranjera, puesto que no corresponde un objetivo principal de la política nacional. Sin embargo, la inversión extranjera que ayude a la producción nacional es bienvenida y admitida dentro del sistema económico local, por lo que dicha inversión, protegida por los TBI, es compatible en este campo. Por ejemplo, sería plenamente compatible, una inversión extranjera que vaya a desarrollar una industria determinada en el país, puesto que, en ese caso, sería beneficioso a los intereses del Estado.

3.3.4 Compatibilidad entre el Régimen del Buen Vivir y los TBI

3.3.4.1 Educación

Si bien el derecho a la educación puede ser incompatible en ciertos aspectos con los TBI, como se verá más adelante, la educación, como parte de los sistemas del Régimen del Buen Vivir, puede ser plenamente compatible. La inversión extranjera puede ser vista como una ayuda en el mejoramiento de la calidad de la educación. Se puede establecer que el Estado no se cierra a admitir inversión extranjera en el ámbito educacional, siempre y cuando la misma se realice con el fin de cumplir los objetivos del Régimen de Desarrollo y en especial los del Plan Nacional de Desarrollo.

3.3.4.2 Salud

Igualmente, en el tema de salud, el Estado debe asegurar un mejoramiento en el sistema de salud del país, y eso se lo puede hacer con la ayuda de inversión extranjera, la cual debe ir conforme los lineamientos específicos del mencionado Plan en relación a este ámbito. Así, las inversiones internacionales en este campo que sean amparadas por los TBI son plenamente compatibles con los objetivos del Estado y pueden ser impulsadas sin complicaciones. Esto, considerando que, toda inversión en salud debe ser con miras al mejoramiento del sistema nacional de salud para brindar a los ciudadanos mejor atención y,

sobretudo poder atender la fuerte demanda que existe y la saturación de algunos hospitales, en especial los del Seguro Social.

3.3.4.3 Seguridad Social

A pesar de que la seguridad social es un servicio público, el Estado necesita de recursos e ingresos económicos para poder garantizarla a la población. Es ahí, donde el ingreso de capitales extranjeros mediante inversiones internacionales, puede ser atractivo para los intereses del Estado, puesto que las inversiones que ingresen al país para constituir industrias o fortalecer sectores, generan obligaciones y deben reconocer todos los derechos de sus trabajadores, en especial las aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Además, las inversiones internacionales que se realicen conforme a los intereses y objetivos del Plan Nacional para el Buen Vivir, en cualquier industria permitida, serían compatibles, puesto que deberán cumplir con las obligaciones que como patrono le corresponden, y de ese modo, ayudarían al desarrollo de la población.

3.3.4.4 Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales

En el campo de la ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, se puede considerar que la inversión extranjera es necesaria para desarrollar tecnologías e innovar procesos que colaboren con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo. Sin embargo, la inversión internacional que no garantice la transferencia de conocimientos no es bienvenida en el Ecuador. La inversión internacional debe promover la transferencia de tecnología y no es atractiva para los intereses del Estado si dicha inversión blinda el acceso al conocimiento de los distintos procesos que puedan llevarse a cabo en una variedad de ámbitos en la economía nacional.

Adicionalmente, los TBI que protejan las inversiones en actividades relacionadas con la ciencia y la tecnología son compatibles con el Plan Nacional para el Buen Vivir, siempre y cuando garanticen los derechos de la naturaleza y promuevan la sostenibilidad ambiental territorial y global (Senplades, 2013, p.593), puesto que, con el fin de mitigar los impactos

ambientales negativos, todo proceso debe realizarse con el uso de tecnologías limpias e innovadoras, especialmente en la extracción de los recursos naturales no renovables como el petróleo y los minerales metálicos y no metálicos. Es así que, las inversiones internacionales que colaboran con procesos que utilicen tecnologías limpias e innovadoras, son aceptadas y compatibles con los intereses nacionales.

3.3.4.5 Población y Movilidad Humana

En cuanto a la población y movilidad humana, planteados en el Régimen del Buen Vivir, uno de los objetivos del país es que los ecuatorianos no se vean obligados a migrar a otros países con el fin de buscar mejores oportunidades laborales y de vida. En este punto, los TBI que incentiven la inversión extranjera que favorezca la creación de nuevos puestos de trabajo son compatibles para colaborar con la reducción de la migración de la población ecuatoriana. Así, no puede aceptarse a la inversión extranjera que cause la pérdida de puestos de trabajo debido al cierre de empresas que no puedan competir con las empresas transnacionales, y de ser así, deberán las transnacionales generar igual o mayores fuentes de trabajo

3.3.4.6 Seguridad Humana

Los TBI son compatibles con el Buen Vivir, si se considera que, la inversión extranjera puede colaborar con la seguridad humana y generar capital para que el Estado tenga mayores recursos. De esa forma, se puede generar programas y políticas que garanticen a los ciudadanos su seguridad y una convivencia pacífica en la sociedad.

3.3.4.7 Transporte

Finalmente, relativo a la sección de transporte dentro del Régimen del Buen Vivir, nuevamente se puede considerar a la inversión extranjera como necesaria para generar recursos, si lo que se busca es brindar un transporte público digno que mejora la calidad de vida de las personas. De esta forma, la

suscripción de TBI que incentiven la inversión en este sector en específico es compatible con el Buen Vivir y sus objetivos.

3.3.5 Compatibilidad entre el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y los TBI

El Código de la Producción establece la suscripción de un contrato de inversión con el Estado para asegurar al inversionista extranjero garantías contractuales y, al mismo tiempo, monitorear y verificar el cumplimiento de las obligaciones originadas del mencionado contrato de inversión. El mencionado contrato establece cláusulas sobre el tratamiento no discriminatorio y la estabilidad del régimen impositivo aplicable a la inversión, con el fin de garantizar, a los inversionistas, seguridad jurídica, tal como buscan los TBI, por lo que son plenamente compatibles entre ellos.

Por ejemplo, en concordancia con la cláusula relativa al trato justo y equitativo, el Código de la Producción establece que “los inversionistas nacionales y extranjeros (...) gozarán de igualdad de condiciones, respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones, y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias” (art. 17.1). Asimismo, en lo relativo a la cláusula de trato nacional, dicho cuerpo legal determina que “las inversiones y los inversionistas extranjeros gozarán de protección y seguridades plenas, de tal manera que tendrán la misma protección que reciben los ecuatorianos dentro del territorio nacional” (Ibídem).

En cuanto a la cláusula de repatriación de capitales determinada en el texto de los TBI, el artículo 19 del Código de la Producción reconoce que son derechos de los inversionistas:

- d) [la] libre transferencia al exterior, en divisas, de las ganancias periódicas o utilidades que provengan de la inversión extranjera registrada;
- e) [la] libre remisión de los recursos que se obtengan por la liquidación total o parcial de las empresas en las que se haya realizado la inversión extranjera registrada; y,
- f) [la] libertad para adquirir, transferir o enajenar acciones, participaciones o derechos de propiedad sobre su inversión a terceros, en el país o en el extranjero.

Los derechos de los inversionistas no eximen el cumplimiento de las obligaciones y requisitos exigidos por las normas legales concernientes, pero no limitadas a, normas laborales, tributarias, ambientales y de seguridad social.

Por su parte, el Reglamento a la Estructura e Institucionalidad del Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo (en adelante simplemente el Reglamento al Código de la Producción), publicado en el Decreto Ejecutivo No. 757 del Registro Oficial Suplemento No. 450 del 17 de mayo de 2011 establece que:

El inversionista y la empresa receptora tendrán el derecho de controlar, usar, convertir a cualquier moneda y transferir o remitir al exterior cualquiera de los fondos derivados o relacionados con la inversión o con el contrato de inversión (art. 14).

Referente a la cláusula de expropiación y confiscación, tratada en los TBI, el Código de la Producción faculta al Estado, de conformidad con la Constitución de la República (arts. 323 y 376), a declarar la expropiación de bienes inmuebles “con el único objeto de ejecutar planes de desarrollo nacional, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo” (art. 18.2). Además, reconoce, el pago de una indemnización justa y adecuada (Ibídem), tal como se plantea en los textos de los TBI.

En cuanto a la confiscación, considerando que la misma está prohibida expresamente por la Constitución de la República (art. 323.2), el Código de la Producción se rige a la norma suprema del Estado y establece que “no se decretarán ni ejecutarán confiscaciones a las inversiones nacionales o extranjeras” (art. 18.1).

En relación al arbitraje, como medio de solución de conflictos para casos de diferencias surgidas en materia de inversiones internacionales y, que ha sido parte esencial de la gran mayoría de TBI que el Ecuador ha suscrito, el Código de la Producción determina que “en los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver controversias que se presenten entre el Estado y los inversionistas” (art. 27).

Además, así como los TBI permiten a las partes establecer determinadas obligaciones procesales previas al sometimiento de una diferencia en materia de inversiones a una instancia arbitral internacional, el Código de la Producción obliga a una instancia de mediación dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que iniciaron las negociaciones directas²⁷.

3.3.5.1 Rol de la Inversión Extranjera en el país según el Código de la Producción

El artículo 17 del Código de la Producción determina que las inversiones internacionales deben ser complementarias en los sectores estratégicos de la economía, en base a los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo. Así, las inversiones internacionales en materia petrolera por ejemplo, deben cumplir un papel complementario de las inversiones nacionales estatales.

Es por esto que, se incentiva a las inversiones productivas en sectores prioritarios y estratégicos. Incentivos tributarios buscan atraer este tipo de inversión extranjera al país, sin embargo, no sucede lo mismo para la inversión privada nacional. El Reglamento al Código de la Producción plantea que “los incentivos tributarios otorgados se mantendrán inalterables por el periodo de vigencia del contrato” (art. 32), lo cual brinda seguridad y estabilidad para los intereses de los inversionistas extranjeros.

3.3.6 Compatibilidad entre el Plan Nacional para el Buen Vivir y los TBI

A continuación, se detallan algunos de los doce objetivos del actual Plan Nacional para el Buen Vivir²⁸, en los cuáles se evidencian compatibilidades entre éstos con los TBI en general y, con los intereses de los inversionistas extranjeros, en particular.

3.3.6.1 Objetivo 3. Políticas 3.1, 3.2 y 3.3

El objetivo tercero del Plan plantea “mejorar la calidad de vida de la población” (Senplades, 2013) y, contiene, entre otras, las siguientes políticas:

²⁷ Una vez terminada la vía administrativa, los conflictos en materia de inversión deben intentar solucionarse con negociaciones directas por un período de 60 días.

²⁸ Para fines de este subtítulo se lo denominará simplemente como “el Plan”.

- 3.1: promover el mejoramiento de la calidad en la prestación de servicios de atención que componen el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social,
- 3.2: ampliar los servicios de prevención y promoción de la salud para mejorar las condiciones y los hábitos de vida de las personas,
- 3.3 garantizar la prestación universal y gratuita de los servicios de atención integral de salud (Ibídem).

Dichas políticas son compatibles con los TBI, si se considera que la inversión internacional, incentivada y protegida por estos tratados, puede servir para trabajar a favor del mejoramiento de la calidad en la prestación de los servicios médicos. Además, la inversión extranjera puede contribuir con la ampliación de nuevos servicios de salud para la población y colaborar para que el Estado pueda garantizar el acceso gratuito de las personas a estos servicios.

3.3.6.2 Objetivo 4. Políticas 4.1, 4.4, 4.6 y 4.9

El cuarto objetivo del Plan plantea “fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía” (Ibídem) y, establece las siguientes políticas:

- 4.1: alcanzar la universalización en el acceso a la educación inicial, básica y bachillerato, y democratizar el acceso a la educación superior,
- 4.4: mejorar la calidad de la educación en todos sus niveles y modalidades,
- 4.6: promover la interacción recíproca entre la educación, el sector productivo y la investigación científica y tecnológica, para la transformación de la matriz productiva y la satisfacción de necesidades,
- 4.9: impulsar la formación en áreas de conocimiento no tradicionales que aportan a la construcción del Buen Vivir (Ibídem).

De tal forma, dichas políticas son compatibles con los TBI en tanto y en cuanto estos documentos promuevan la inversión extranjera que colabore con estas políticas. Por ejemplo, toda inversión que se realice en el sector de la educación debe aportar para mejorar la calidad de la misma y debe trabajar junto con el Estado para alcanzar la universalización de su acceso a la población.

Igualmente, la inversión extranjera en el sector educativo debe ayudar a que los jóvenes mantengan una interacción con las empresas del sector productivo y, debe impulsar la investigación científica e incentivar a los jóvenes

de las escuelas y colegios un interés en la misma, con el fin de ser compatible con el mencionado cuarto objetivo del Plan. Finalmente, la inversión extranjera debe fomentarse, especialmente, en áreas no tradicionales, innovadoras, que colaboren con la construcción del Buen Vivir, de acuerdo a la política 4.9 del Plan.

3.3.6.3 Objetivo 9. Política 9.1

El noveno objetivo busca “garantizar el trabajo digno en todas sus formas” (Ibídem) y, contiene la política 9.1:

Impulsar actividades económicas que permitan generar y conservar trabajos dignos, y contribuir a la consecución del pleno empleo priorizando a los grupos históricamente excluidos (Ibídem).

Si los TBI incentivan una inversión extranjera que garantice a la población ecuatoriana el trabajo digno y, en especial, que impulse actividades económicas con empresas en sectores importantes y necesitados de la economía nacional, los TBI son plenamente compatibles con este objetivo y en especial con esta política. Así, se evidencia que la inversión extranjera que no acabe con empresas y por ende destruya los puestos de trabajo de los ecuatorianos, es compatible el objetivo noveno del Plan.

En definitiva, la inversión extranjera puede ser deseada y recibida siempre y cuando colabore con la generación de empleo y trabajo digno. Es decir, la inversión extranjera no debe ingresar al país en forma de empresas o compañías transnacionales con capital humano extranjero, por el contrario, debe fomentar la capacitación de la mano de obra nacional para de esa forma cumplir los objetivos del Plan. Además, existen ejemplos concretos en las mismas leyes ecuatorianas que obligan la contratación de porcentajes mínimos de mano de obra ecuatoriana.²⁹

²⁹ Por ejemplo, el Art. 31 de la Ley de Hidrocarburos obliga la contratación de ecuatorianos en un porcentaje no menor al del 95% en el personal de obreros. Igualmente, el Art. 75 de la Ley de Minería obliga a los titulares de derechos mineros a emplear al menos 80% de personal ecuatoriano para sus operaciones.

3.3.6.4 Objetivo 10. Políticas 10.2, 10.3, 10.6 y 10.9

El décimo objetivo del Plan busca “impulsar la transformación de la matriz productiva” (Ibídem) y, contiene políticas que pueden ser consideradas compatibles con los TBI y con los intereses de los inversionistas internacionales.

Por ejemplo, la política 10.2, “promover la intensidad tecnológica en la producción primaria, de bienes intermedios y finales” (Ibídem), es compatible con la inversión extranjera, siempre y cuando ésta se efectúe de tal manera que el capital que se inyecte a la economía nacional sea utilizado para desarrollar avances tecnológicos, con la ayuda y la guía de expertos extranjeros, pero integrando a profesionales ecuatorianos. También, esta política es compatible con los TBI, si la inversión extranjera aporta con técnicas y tecnologías innovadoras, sustentables y aplicables en el país en la generación y producción de bienes intermedios y finales.

De la misma manera, se evidencia una compatibilidad entre la política 10.3, “diversificar y generar mayor valor agregado en los sectores prioritarios³⁰ que proveen servicios” (Ibídem) y, los TBI. Esta compatibilidad se evidencia si es que se considera que, la inversión extranjera, puede aportar con técnicas, mejores y más modernas, que ayuden a generar valor agregado en cualquiera de los catorce sectores prioritarios. Por ejemplo, si una empresa extranjera invierte en el país para conformar una nueva compañía que desarrolle software, entonces, estaría compatibilizando con este objetivo del Plan y colaborando con la consecución del Buen Vivir.

También las políticas 10.6 y 10.9, detalladas a continuación:

10.6: potenciar procesos comerciales diversificados y sostenibles en el marco de la transformación productiva,

³⁰ Los sectores prioritarios son: turismo; alimentos frescos y procesados; energías renovables; productos farmacéuticos y químicos; biotecnología: bioquímicos y biomedicina; servicios ambientales; metalmecánica; tecnología: hardware y software; plásticos y caucho sintéticos; confecciones, ropa y calzado; vehículos, automotores, carrocerías y partes; transporte y logística; construcción; y cadena forestal sustentable y productos madereros procesados (Senplades, 2013, p. 3620)

- 10.9: impulsar las condiciones de competitividad y productividad sistémica necesarias para viabilizar la transformación de la matriz productiva y la consolidación de estructuras más equitativas de generación y distribución de la riqueza (Ibídem).

Dichas políticas pueden ser compatibles con la inversión extranjera, protegida por los TBI, si se considera que ésta es una herramienta útil que, con su inyección de conocimientos y *know how*³¹, puede diversificar los procesos comerciales y ayudar a la transformación productiva del sector empresarial del país. Además, la inversión extranjera puede mejorar las condiciones de competitividad y productividad del Estado. Todo depende la forma en que la inversión internacional sea manejada en la industria ecuatoriana, para de esa manera evaluar su colaboración y cooperación con los objetivos del Plan y su consecuente compatibilidad.

3.3.6.5 Objetivo 11. Política 11.1, 11.2 y 11.5

En cuanto al objetivo décimo primero del Plan, “asegurar la soberanía y eficiencia de los sectores estratégicos para la transformación industrial y tecnológica” (Ibídem), se presentan las siguientes políticas:

- 11.1. Reestructurar la matriz energética bajo criterios de transformación de la matriz productiva, inclusión, calidad, soberanía energética y sustentabilidad, con incremento de la participación de energía renovable,
- 11.2. Industrializar la actividad minera como eje de la transformación de la matriz productiva, en el marco de la gestión estratégica, sostenible, eficiente, soberana, socialmente justa y ambientalmente sustentable,
- 11.5. Impulsar la industria química, farmacéutica y alimentaria, a través del uso soberano, estratégico y sustentable de la biodiversidad (Ibídem).

Ahora bien, si se considera a los TBI como instrumentos que van a incentivar el ingreso de capitales extranjeros en forma de inversión, entonces, se puede decir que son compatibles con las políticas de este objetivo. Primeramente, la inversión extranjera, sin duda, colabora con la reestructuración de la matriz energética, debido a que puede traer al país tecnologías y energía alternativa, como por ejemplo, la eólica, hídrica u otras.

³¹ Se refiere a los conocimientos, técnicas, información secreta o privada que las empresas extranjeras tienen, especialmente, en el caso de franquicias.

En cuanto a la industrialización de la minería, es evidente que la inversión extranjera es necesaria y, por ende, compatible, debido a que en el país no existe la tecnología ni la oferta suficiente de empresas nacionales que puedan llevar a cabo proyectos mineros a gran escala. Por esta razón, la inversión extranjera, en este campo, ayudaría a suplantar esta deficiencia siempre y cuando se la realice de conformidad con los principios de sostenibilidad y respetando la naturaleza, de conformidad a la Constitución de la República (arts. 10, 14, 66, 71, 72, 73, 74, 83, 275, 276, 277, 282, 283, 313, 317, 320, 395, 399, 408). A pesar de esto, se debe tener en cuenta lo que se establecerá a continuación, al momento de abordar el tema de los recursos naturales no renovables³².

Finalmente, la industria química y farmacéutica puede verse beneficiada por la inversión extranjera debido al ingreso de conocimientos y técnicas extranjeras avanzadas no existentes, o todavía no desarrolladas, en el país.

3.4 Incompatibilidades y tensiones entre el Buen Vivir y los TBI

3.4.1 Desventajas de los TBI

Es importante mencionar que, los TBI, contienen varias desventajas para el Ecuador. En primer lugar, la celebración de TBI con países exportadores de capital no garantiza un incremento en el monto de inversión extranjera en el país. No se ha constatado que la existencia de TBI en países en desarrollo estimulen a los inversores a invertir en esos Estados (Garriga, 2009, pp. 284).

Se estaría especulando, al afirmar que, el incremento de TBI firmados por un Estado importador de capital, se ve reflejado en un incremento paralelo de los montos de inversión o de un mayor número de inversores (Rodríguez, 2005, p. 131). Es decir, incluso en el supuesto de que el objetivo primordial del Ecuador sería el aumento de la inversión extranjera, los TBI no garantizan dicho aumento. Es por esto que existen muy pocos TBI suscritos entre países

³² Dentro de las incompatibilidades entre el Régimen de Desarrollo y los TBI se establece que, si bien la inversión extranjera aporta con tecnología, conocimientos, infraestructuras y maquinarias que el Estado ecuatoriano carece, se puede argumentar ciertos puntos de incompatibilidad puesto que en general no es uno de los fines perseguidos por el Estado de acuerdo a los objetivos del Plan Nacional para el Buen Vivir.

desarrollados, como por ejemplo entre los Estados Unidos y países de Europa occidental o, que países con economías mucho más grandes que la ecuatoriana, como Brasil, no haya celebrado nunca un solo TBI.

Ahora bien, los TBI deben ser vistos desde dos perspectivas distintas para poder evaluar sus aspectos positivos y negativos. Desde la perspectiva del inversionista, los TBI constituyen, como ya se mencionó, instrumentos que protegen intereses plasmados en sus inversiones. Desde la perspectiva del Estado ecuatoriano, los TBI pueden representar una sobre protección de las inversiones extranjeras, en desmedro de los inversionistas nacionales, puesto que no brindan las mismas garantías que a los inversionistas internacionales. Existe desigualdad entre los Estados suscriptores, puesto que, siempre, en todo TBI, existirá un Estado exportador de capital y uno receptor de ese capital exportado. El movimiento de capitales es más unidireccional que recíproco. Ejemplos de esta aseveración pueden verse con casos concretos de los TBI celebrados entre países latinoamericanos, con los Estados Unidos de América. En la gran mayoría de estos casos, en la práctica, las inversiones son de personas (naturales o jurídicas) estadounidenses, en territorios latinoamericanos, y no inversiones de latinoamericanos, en territorio estadounidense, claro está, que siempre existirán excepciones.

La desigualdad que existe en la relación interestatal de un TBI se manifiesta en la desigualdad de la realidad económica y social de cada Estado suscriptor. Es prácticamente evidente la marcada diferencia, en el ámbito económico, entre los países desarrollados con los países en desarrollo. Los primeros, son Estados que buscan brindar seguridad a sus compañías transnacionales que realizan inversiones en el exterior. Mientras que los segundos, son Estados receptores de capitales extranjeros, que buscan, en teoría, crear un ambiente propicio para el inversor extranjero con el fin de incrementar la inversión internacional, en busca de un supuesto desarrollo económico.

Al respecto, Restrepo establece que la inversión extranjera “aparece entonces como una alternativa que para algunos puede ser no solo deseable

sino también inevitable, aunque algunos sostengan que no existe evidencia empírica suficiente para sostener que es necesaria para el desarrollo económico” (1997, p. 6). Es decir, la inversión extranjera puede ser entendida como inevitable para el desarrollo económico, pero también puede ser vista como un elemento supletorio, secundario, que no necesariamente representa un requisito indispensable para el desarrollo económico de un Estado.

Aplicando al caso ecuatoriano, y teniendo como premisa que el Buen Vivir busca un desarrollo integral y no solamente económico, la inversión extranjera, y por ende los TBI, pueden no ser vistos como imprescindibles para los intereses del Ecuador. Esto ha sido debatido a lo largo del presente capítulo y, de manera específica, en el marco teórico expuesto en el capítulo primero, con relación a la teoría acerca del Buen Vivir y del Sumak Kawsay. Igualmente, será abordado dentro de las conclusiones finales de esta investigación.

La supuesta igualdad entre Estados es meramente teórica, pues, en la práctica, casi siempre existirá un Estado en una posición más poderosa que otro. Así:

(...) por tratarse de convenios recíprocos, las disposiciones benefician a cada Estado parte, pero, en ocasiones, esta igualdad solo es concebible en ámbito teórico por cuanto los flujos internaciones de inversión por lo general se desarrollan en un solo sentido (Zapata, 2000, p.130).

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que:

(...) la referida reciprocidad ha sido puesta en tela de juicio por ciertos autores, dado que en el Estado receptor de la inversión recaen la mayoría de las obligaciones convencionales, y en la práctica, en la totalidad de los TBI, dicho Estado se corresponde con un Estado en vías de desarrollo (Garriga, 2009, p.284).

Es así que, la supuesta igualdad de condiciones de dos Estados que suscriben un TBI, es cuestionada por varios autores que plantean una igualdad teórica, pero una desigualdad práctica. Es ahí donde el Estado ecuatoriano entra a evaluar las ventajas netas y reales de suscribir un acuerdo de este tipo para los intereses nacionales, principalmente, para la consecución del Buen Vivir de todos sus habitantes.

Otra desventaja de los TBI, es que éstos pueden ser entendidos como simples contratos de adhesión en donde los países desarrollados, exportadores de capital, elaboran los textos de los tratados, permitiendo un margen mínimo de negociación con los países en vías de desarrollo. Es decir, la supuesta protección recíproca de las inversiones se reduce a una mera protección de la inversión proveniente del inversor del Estado desarrollado en el territorio nacional del Estado receptor de la inversión (Rodríguez, 2005, p.148).

Así, los TBI, como un contrato de adhesión, son entendidos cuando el Estado desarrollado negocia con un modelo de TBI preestablecido, sin admitir modificación ni contraoferta por parte del Estado receptor de capital, dejando al Estado receptor la posibilidad de solamente aceptarlo o rechazarlo (Ibídem, p.132).

El arbitraje internacional, reconocido en los TBI, representa otra desventaja para el Ecuador. Esta opción, beneficia más al inversor extranjero puesto que, sin su consentimiento, el arbitraje no se puede llevar a cabo. Es así que, “la parte no estatal [el inversor] define en última instancia qué foro de entre los ofertados en el TBI escoge para la resolución de la controversia” (Ibídem, p.147). No existe una igualdad real en cuanto a la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional.

Además, se evidencia una desigualdad incluso con los propios inversionistas nacionales, puesto que a éstos, no se les está permitiendo acudir a arbitraje internacional cuando a los extranjeros sí. El inversionista nacional no tiene la opción de aplicar un TBI, cosa que lo perjudica sobre el inversionista extranjero. Esto puede incluso causar que muchos inversionistas nacionales inviertan en el Ecuador en calidad de inversionistas extranjeros, es decir, creando empresas internacionales que inviertan en el país para ser amparados por los TBI. Existen varios casos (por ejemplo algunas empresas del hermano del Presidente de la República, Fabricio Correa) en los que inversores ecuatorianos incorporan compañía en el exterior, para de esa forma invertir en el Ecuador en calidad de inversionistas extranjeros y así, beneficiarse del arbitraje internacional que puede establecerse en los TBI (en caso de existir

diferencias con el país donde se constituye la empresa). Este tipo de simulación no necesariamente es ventajoso para el país, ya que se está brindando un trato discriminatorio a los inversionistas nacionales, cuando en principio, no debería ser así.

De la misma forma, los arbitrajes internacionales son una desventaja de los TBI puesto que son procesos demasiado lentos y costosos, que obligan al Estado a incurrir en gastos muy elevados para cubrir los honorarios de los abogados defensores, así como el costo del proceso en sí. Finalmente, es importante destacar que, generalmente, los TBI son aplicados al finalizar una inversión. Se puede decir entonces, que los TBI son disuasivos de una medida extrema, que es aplicada cuando se ha suscitado un conflicto significativo que ha dado fin a la relación bilateral de la inversión realizada, sin embargo, no sirven para solucionar las controversias del día a día de las operaciones. Mecanismos de solución de conflictos a corto plazo, para el día a día de las operaciones, normalmente se establecen en negociaciones y acuerdos previos, o a veces, incluso establecidos en los contratos de inversión y, en la práctica, no se recurre al TBI sino cuando no se ha podido llegar a algún tipo de acuerdo o entendimiento.

3.4.2 Incompatibilidad entre los Derechos del Buen Vivir y los TBI

A continuación se presentan situaciones y perspectivas en las que los TBI pueden ser considerados incompatibles con los derechos del Buen Vivir.

3.4.2.1 Derecho al agua y alimentación

El Estado debe implementar políticas efectivas que busquen obtener una soberanía alimentaria que ayude al Buen Vivir. Así, la inversión extranjera debe contribuir a mejorar la calidad de vida de la población, pero, al ser ésta (la calidad de vida) evaluada con indicadores subjetivos y a veces inmensurables con datos y estadísticas matemáticas (como es la dignidad humana), el panorama para un inversor extranjero no es tan favorable al no ser plenamente determinable.

Se debe buscar la soberanía alimentaria, es decir, que el país sea autosuficiente en la elaboración de alimentos que satisfagan la demanda interna. Se busca no tener que recurrir a la importación de productos alimenticios para satisfacer las necesidades de la población. Si bien se debe aceptar la importación de ciertos productos alimenticios específicos que no son elaborados en el Ecuador, esto no significa que los alimentos deben estar supeditados a una importación masiva. Las inversiones extranjeras en este sector pueden no ser del todo atractivas para los inversores extranjeros, debido a que no es objetivo primordial del Estado generar importaciones de productos alimenticios, sino, por el contrario, desarrollar productos alimenticios nacionales de calidad. Dicho esto, se puede establecer que los TBI, en este sector, no serían del todo compatibles ya que no se busca mayor inversión extranjera en este campo. Sin embargo, existen ciertos productos como el atún o el banano que requieren de inversión extranjera para el pleno desarrollo de las exportaciones.

La soberanía alimentaria, detallada en el Régimen de Desarrollo, representa la capacidad estatal de satisfacer la demanda interna de alimentos, sin necesidad de recurrir a importaciones de éstos. Así, las inversiones en el sector alimentario del país son poco atractivas para los inversionistas internacionales, debido a que el Estado busca consolidar un sistema alimentario que no requiera apoyo de capitales internacionales para desarrollarlo.

Sin embargo, es una amenaza para todos los ecuatorianos que el Estado no incentive la inversión nacional e internacional para promover la soberanía alimentaria, puesto que la misma, es necesaria para garantizar el derecho de las personas a alimentos sanos y nutritivos de manera permanente.

3.4.2.2 Derecho al Ambiente Sano

Dicho derecho puede ser incompatible con los TBI, puesto que, la inversión extranjera para el sector extractivista puede verse limitada. La razón para esto es que no es posible garantizar al inversor internacional que cualquier miembro

de la comunidad, y en general cualquier ciudadano, considere que la actividad que realiza la empresa extranjera no reconoce sus derechos a vivir en un ambiente sano. Incluso, se puede plantear un caso en el que cualquier ciudadano suponga que la actividad relacionada con la inversión extranjera no garantice su Buen Vivir, y por ende, recurra al Estado para exigir sus derechos. Estos casos se presentan especialmente en empresas petroleras y mineras, debido a la naturaleza de sus actividades.

3.4.2.3 Derecho a la Comunicación y a la Información

Si bien, en principio, el derecho a la comunicación e información es compatible con los TBI y con los intereses de los inversionistas, se debe considerar lo siguiente. La Constitución de la República garantiza “el acceso universal a las tecnologías de la información y comunicación” (art. 16.2). Esto puede entenderse como una facultad del Estado para que, en caso de que una inversión extranjera ingrese al país con nuevas tecnologías de la información o comunicación, ésta se vea obligada a difundirlas, ya que su acceso constituye un derecho constitucional. Esto puede representar una situación desfavorable para los intereses de los inversionistas extranjeros.

3.4.2.4 Derecho a la Educación

El tema de la educación como un derecho fundamental va más allá de la calidad que uno u otro instituto educacional pueda brindar. El derecho a la educación comprende una garantía constitucional que tienen los ciudadanos de tener acceso a una educación. Es así, que el Estado se convierte responsable de precautelar que el acceso a la educación en el país sea igualitario y totalitario. En cuanto a la calidad de la educación, el Estado debe buscar que sea de la más alta y, para esto, puede valerse de ayuda de instituciones privadas.

Sin embargo, esto no significa, ni puede entenderse, que la educación debe ser considerada un negocio lucrativo solamente, puesto que los derechos fundamentales no pueden ser cuantificables en dinero. Entonces, una inversión internacional en este campo no sería del todo atractiva puesto que el Estado

puede obligar a quien brinda el servicio a abrirlo y garantizarlo a todos los ecuatorianos, ya que constituye un derecho fundamental y goza de protección y exigibilidad estatal.

3.4.2.5 Derecho a un Hábitat y a una Vivienda

En lo relativo a la protección de los intereses de una inversión extranjera, este derecho fundamental puede resultar problemático por la misma razón que en los casos anteriores: la compleja relatividad en la percepción del mismo. Al ser altamente relativo calificar a una vivienda como *digna*, se presentan posibles situaciones poco deseadas para un inversor. Por ejemplo, en el caso de que una inversión extranjera ingrese al país para construir viviendas, y que los ciudadanos o el mismo Estado presuman que no es digna, la inversión puede verse afectada puesto que podría exigírsele que modifique las viviendas para que sean consideradas dignas, sin más fundamento que la simple evaluación de la autoridad gubernamental, ante la ausencia de indicadores objetivos y precisos. Esto causa que las inversiones extranjeras en este sector puedan no ser vistas como atractivas, y puede considerarse entonces, que los TBI, en este punto, no son del todo compatibles con el Buen Vivir.

3.4.3 Incompatibilidad entre el Régimen de Desarrollo y los TBI

3.4.3.1 Sectores Estratégicos

Los sectores estratégicos constituyen un elemento fundamental que ayudan a alcanzar el Buen Vivir de los todos, debido al inmenso poder económico que representan. Además, son una herramienta esencial del Estado para garantizar a los ciudadanos los derechos constitucionales del Buen Vivir. De hecho, la Constitución reconoce que el Estado es el encargado de la provisión de los servicios públicos de agua potable, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, entre otras (art. 314) y que los recursos no renovables pertenecen al patrimonio del Estado (art. 317).

Los sectores estratégicos, en especial los recursos naturales no renovables como el petróleo y los minerales, representan uno de los mayores

intereses de los inversionistas extranjeros. Si bien la Constitución establece que el Estado es el encargado de constituir empresas públicas para el aprovechamiento sustentable de recursos naturales (art. 315), se debe tener en cuenta que, en la práctica, el Estado ecuatoriano carece de la capacidad técnica y operativa de explotar de manera eficiente y sustentable los recursos naturales no renovables sin el apoyo de inversión extranjera.

Entonces, la inversión extranjera puede ser vista como una ayuda o un apoyo. Sin embargo, como se verá más adelante, de conformidad con lo que establece el Plan Nacional para el Buen Vivir, no es un objetivo primordial del Estado la incentivación para que empresas extranjeras ingresen al país y aprovechen estos recursos. Por esto, si bien los TBI constituyen un elemento importante para atraer inversión en este sector, no son plenamente compatibles con los intereses nacionales. El Estado puede considerar que admitir inversión internacional en estos sectores representa una cesión de soberanía.

De ese modo, aún cuando las actividades de los inversionistas extranjeros en el aprovechamiento de los recursos naturales del país se realicen de conformidad con el artículo 317 de la Constitución, es decir, con responsabilidad intergeneracional, respetando los derechos de la naturaleza y minimizando los impactos ambientales, no representa, en esencia, una prioridad para el Estado el promocionar las inversiones internacionales en la extracción de recursos naturales no renovables. Sin embargo, es importante mencionar que, por otro lado, el Estado no ha logrado contar con la inversión extranjera necesaria para desarrollar todos sus proyectos de petróleo y minería, lo que demuestra la otra cara de la moneda, y sugiere una búsqueda del Estado de inversión extranjera en estos sectores. Todo esto depende de la óptica con la que se analice, puesto que por un lado no es un objetivo primordial del Estado y, por otro, es un requisito esencial para llevar a cabo proyectos importantes que beneficien a todos.

En este mismo tema, en cuanto a los TBI, se debe mencionar que estos instrumentos reconocen el derecho de los Estados de excluir del tratado ciertas áreas o sectores debido a su importancia para la economía del país. De ese

modo, no se puede considerar como un tratamiento discriminatorio aquel tratamiento diferenciado que el Estado otorgue sobre determinados sectores (Zapata, 2000, p.155). Igualmente, es importante resaltar lo que menciona Garriga (2009, p.308) en cuanto a la posibilidad que tienen algunos TBI de excluir determinadas materias del tratamiento nacional y del tratamiento de la nación más favorecida. Aumentando:

(...) es usual que los Estados contratantes, por razones económicas, políticas o jurídicas, prevean en los TBI excepciones expresas disponiendo que el tratamiento más favorable no se extienda a determinadas materias o categoría de asuntos (Blackbay & Dechamps, 2011, p.267).

En definitiva, los sectores estratégicos, planteados en el Régimen de Desarrollo, pueden ser considerados incompatibles con los TBI, ya que no es un objetivo primordial del Estado el buscar desesperadamente una inversión extranjera. Pero, al mismo tiempo, pueden ser compatibles si es que se considera que el Estado necesita de inversión extranjera para llevar a cabo proyectos petroleros y mineros de gran escala.

3.4.3.2 Trabajo y Producción

En la sección sexta, denominada Ahorro e Inversión, del capítulo Trabajo y Producción, la Constitución establece que el Estado promueve las inversiones, sean nacionales y extranjeras, con criterios de “diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales” (art. 339), y determina que:

(...) la inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo (Ibídem).

En consecuencia, se reconoce a la inversión extranjera como complementaria de la nacional, es decir, no se prioriza su promoción y incentivación. Este punto puede entenderse como incompatible con los TBI, ya que no se promueve abiertamente la inversión extranjera, sino solamente en ciertos sectores y según las necesidades nacionales.

3.4.4 Incompatibilidad entre el Régimen del Buen Vivir y los TBI

3.4.4.1 Hábitat y Vivienda

Dentro de este ámbito, se puede establecer una incompatibilidad con los TBI debido a la facultad expropiatoria que se reserva el Estado. Representa una posible contingencia para los intereses de los inversionistas extranjeros y puede ser incompatible con los objetivos de los TBI.

En concordancia a esto, la Constitución establece que “(...) para hacer efectivo el derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente, las municipalidades podrán expropiar (...) de acuerdo con la ley” (art. 376). Del mismo modo, señala que:

Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley (art.323).

De lo mencionado se puede sacar una conclusión. Si bien se cumple con los requisitos para una expropiación legal y legítima, es decir, que sea por razones de utilidad pública o interés social y con una indemnización adecuada, se deja la puerta abierta a interpretaciones subjetivas respecto a las causas por las cuales se puede dar dicha expropiación. Puede darse un supuesto caso en que el Estado podría considerar que, con el objeto de precautelar el bienestar colectivo, una empresa internacional deba ser expropiada, aún incluso recibiendo una indemnización suficiente, de conformidad a lo que la misma Constitución manda, como se ha expresado anteriormente.

También, representa una incompatibilidad con los intereses de los inversionistas extranjeros, puesto que, se permite que los municipios expropien áreas en donde puede encontrarse una inversión extranjera, con el fin de hacer efectivo el derecho a la vivienda. Como se ha mencionado, el derecho a la vivienda reconoce que todas las personas tienen derecho a una vivienda digna (Constitución de la República, 2008, art. 30). Entonces, si un municipio considera que las personas no están gozando de este derecho, ampliamente

subjetivo en su valoración³³, tiene la potestad de expropiar a inversiones extranjeras, en caso de que se encuentren en cualquier área que se considere necesaria para garantizarlo.

3.4.4.2 Naturaleza y Ambiente

Es obligación de cualquier inversión que se realice en el país evitar daños ambientales y, por ende, cuidar el medio ambiente. En teoría esto no representa ninguna incompatibilidad con los TBI ni con los intereses de los inversionistas extranjeros, sin embargo, la Constitución de la República plantea que la carga de la prueba sobre la existencia de daño ambiental recae sobre el demandado y no el demandante (art. 397.1).

Dicho artículo invierte la carga de la prueba, tema que representa una clara afectación a los intereses de los inversionistas extranjeros, puesto que pueden ser vulnerables de cualquier demanda y tendrán que incurrir en gastos procesales para la defensa que debe probar la inexistencia de daño ambiental.

3.4.4.3 Patrimonio Natural y Ecosistemas

No está permitida la extracción de recursos naturales no renovables en áreas protegidas, excepto, si se cuenta con una petición fundamentada del Presidente de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional (Constitución de la República, art. 407). Por ende, la inversión extranjera en este campo no sería del todo compatible, puesto que el Estado busca no explotar recursos naturales no renovables en áreas protegidas (con excepciones como el caso del Yasuní) y, en caso de decidir explotarlos, requiere de declaratoria previa de la Asamblea, lo que supone un trámite complejo y dilatado (aunque no tanto en el caso Yasuní).

³³ Si bien existen ciertas condiciones mínimas (como agua potable, alcantarillado, energía eléctrica, entre otros) para una vivienda que proporcione las prestaciones necesarias para vivir, no existen indicadores objetivos, materiales, determinables con datos matemáticos, por lo que la valoración de una vivienda digna no deja de ser un tema subjetivo, debatible y sujeto a distintas apreciaciones o interpretaciones.

3.4.4.4 Recursos Naturales

Finalmente, en este punto, se presenta una incompatibilidad con los TBI y con los intereses de los inversionistas internacionales, puesto que, todos los recursos naturales son inalienables, lo que quiere decir que no son sujetos de cualquier tipo o clases de enajenación. De esa forma, las inversiones internacionales para la extracción de recursos naturales no es del todo atractiva y, por ende, los TBI que promueven e incentivan inversiones internacionales no son compatibles con los intereses del Estado. No se puede dejar de lado lo establecido anteriormente en la sección 3.4.3.1 correspondiente a los Sectores Estratégicos en cuanto a la posible compatibilidad de la extracción de recursos por medio de inversiones internacionales.

Aumentando y, considerando lo antes mencionado, se puede decir que, si bien las inversiones internacionales pueden ser apetecibles en este campo, desde la perspectiva del inversor extranjero, puede representar una desventaja debido a que los beneficios que obtuvieren nunca podrán ser mayores que los que les corresponde al Estado. De tal manera, de inicio, todo contrato suscrito con el Estado tendría que negociarse sobre la base de que al menos el 51% de las ganancias son para el país y el 49% para la empresa extranjera. Así lo establece la Constitución de la República, “el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota” (art. 408). En consecuencia, desde la perspectiva del inversionista extranjero, se puede argumentar que la inversión en este campo no es del todo compatible con sus intereses.

3.4.5 Incompatibilidad entre las Garantías Constitucionales (Normativas y Jurisdiccionales) y los TBI

Continuando con el análisis de incompatibilidad, el título concerniente a las Garantías en la Constitución de la República, obliga a todo órgano con potestad normativa a cambiar cualquier ley u otra norma jurídica para garantizar la dignidad del ser humano (art. 84). Los tratados internacionales generan obligaciones que son ley para las partes, y la Constitución obliga a modificarlos o adecuarlos para que garanticen la dignidad del ser humano y los

derechos del Buen Vivir, entonces, se puede pensar que este mandato constitucional resulta poco atractivo para la inversión extranjera. Más aún, si el Estado tiene la entera potestad de modificar, extinguir o crear cualquier ley que no promueva la dignidad humana, una cierta inestabilidad jurídica puede ser apreciada por los inversores extranjeros.

Así las cosas, se puede ver otro problema de incompatibilidad en el inciso primero del artículo 85 de la Constitución de la República, que ordena que las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos deben orientarse a hacer efectivo el Buen Vivir y deben ser formuladas a partir del principio de solidaridad. Es decir, se deja la puerta abierta para que el Estado pueda desconocer cualquier tratado de inversión que no promueva la dignidad humana. Al ser ampliamente relativa la valoración de la dignidad humana, se puede constituir en una tensión con los intereses de los inversionistas extranjeros.

Otra posible contingencia para los intereses de los inversionistas se evidencia entre las garantías jurisdiccionales expresadas en los artículos 86 y siguientes de la Constitución de la República. En los mencionados artículo de la Constitución, se reconoce la acción de protección para el amparo directo y eficaz de los derechos fundamentales, y su interposición cuando uno de estos derechos haya sido vulnerado (art. 88). Esto representa una contingencia, puesto que, cualquier persona que sienta que alguno de sus Derechos del Buen Vivir ha sido vulnerado, puede presentar una acción de protección en contra de una empresa extranjera.

Para ejemplificarlo, una persona podría interponer una acción de protección si considera que su derecho a recibir alimentos de manera permanente ha sido violado por una compañía transnacional que vende alimentos y, que por razones externas, se ha quedado sin un producto determinado, altamente demandado por la población. Esto resulta en otra causa que puede repelar la inversión extranjera, si se analiza como una situación que, si bien es poco probable que se dé, no es imposible.

3.4.6 Incompatibilidad entre los Principios de las Relaciones Internacionales y los TBI

En lo concerniente a las relaciones internacionales, la Constitución de la República propugna el fin, de manera progresiva, de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países (art. 416.6). Claramente, esta idea de ciudadanía universal, resulta utópica, por decir lo menos.

Sin embargo, se evidencia una clara incompatibilidad con los TBI en el sentido que, al querer buscar una unidad total y desaparición de fronteras, convierten a cualquier tratado de protección recíproca de inversiones en instrumentos innecesarios e inaplicables. Evidentemente, esto resulta solo un tema meramente teórico, pero da cuenta del tinte utópico de algunos objetivos de la Constitución.

3.4.7 Incompatibilidad entre el Plan Nacional para el Buen Vivir y los TBI

En cuanto a las incompatibilidades entre el Plan Nacional para el Buen Vivir con los TBI se deben señalar los siguientes puntos, donde se evidencian tensiones que pueden afectar los intereses de los inversionistas extranjeros. Evidentemente, no todos los objetivos del Plan son materia de análisis, pues hay algunos que no tienen relación directa con los efectos de la inversión extranjera.

3.4.7.1 Objetivo 5. Política 5.6

Dentro del quinto objetivo del Plan se propone “construir espacios de encuentro común y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad” (Senplades, 2013) y, se establece la política 5.6, “promover la integración intercultural en los procesos contra hegemónicos de integración regional” (Ibídem). Como se ha visto en el marco teórico del presente trabajo de investigación, la hegemonía de los países industrializados constituye una de las causas para que el Buen Vivir haya tomado fuerza como una alternativa para el desarrollo.

Dicho esto, esta política en especial es incompatible con los TBI, puesto que es contraria a los intereses de los mismos. Con los TBI se busca una integración hegemónica de los países en desarrollo con los desarrollados, para crear un ambiente favorable de inversión para las empresas de los países industrializados. La integración intercultural en los procesos contra hegemónicos supone irse en contra de la integración impulsada por los principales países exportadores de capital y, por ende, no es compatible con la idea central de los TBI.

3.4.7.2 Objetivo 6. Política 6.2

El sexto objetivo del Plan busca “consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral, en estricto respeto a los derechos humanos” (Ibídem) y, por lo que se plantea la política 6.2 que busca “mejorar y modernizar la administración de la justicia” (Ibídem). Esta política es incompatible con los TBI debido a que los TBI no ayudan a mejorar el sistema judicial en el país, ya que solo buscan internacionalizar los conflictos en beneficio principalmente de un reducido grupo de árbitros y abogados internacionales que lucran de estos conflictos. La internacionalización del conflicto perjudica el mejoramiento de la justicia local. El sistema judicial en el Ecuador representa uno de los mayores desafíos en torno a la protección de inversiones internacionales.

La suscripción de TBI se da, principalmente, debido a la falta de credibilidad y confiabilidad en la justicia local del país receptor de la inversión. En otras palabras, los TBI pueden no ser requeridos como instrumentos de protección de inversiones internacionales si es que la justicia local brindaría las garantías necesarias para proteger dichas inversiones. Por esta razón y, de acuerdo a lo establecido por varios tratadistas expertos en la materia y nombrados a lo largo del presente trabajo de investigación, muchos de los TBI existentes en el mundo se celebran, principalmente, entre países desarrollados exportadores de capital y, países en desarrollo con sistemas judiciales deficientes e inestables. Son menos comunes los casos en que se han celebrado TBI entre países desarrollados, con sistemas judiciales eficientes, ya

que, los inversores se ven protegidos y garantizados por dichos sistemas, por lo que un TBI no representa una necesidad absoluta para precautelar sus derechos e intereses.

De ese modo, si el Ecuador tendría un sistema judicial que otorgue seguridad jurídica al inversor extranjero, los TBI no serían necesarios para brindar protección al inversionista extranjero. Como establece Restrepo (1997, p.11), el punto de importancia es la capacidad que tiene el sistema legal, judicial y extrajudicial de solución de controversias, de proyectar confianza al inversionista en términos de independencia, imparcialidad y eficacia. Los problemas actuales con la justicia ecuatoriana crean un ambiente de inseguridad jurídica para los intereses de los inversionistas extranjeros.

Es por esto que, los TBI no ayudan a mejorar la justicia, simplemente permiten que el inversor acuda a cortes de arbitraje internacional en caso de diferencias con el Estado. Esto, sin duda, no es beneficioso para el interés nacional de mejorar el sistema judicial, por el contrario, lo limita a ser un simple paso procesar previo a acudir al sistema de arbitraje internacional.

En definitiva, si bien un sistema judicial eficiente es primordial en la atracción de inversión extranjera, la suscripción de TBI, por parte del Estado, no necesariamente representa un avance en el mejoramiento de la justicia local. Como se ha demostrado, los TBI no constituyen un elemento necesario para el buen funcionamiento de la justicia, por el contrario, promueven el uso de métodos alternativos de solución de conflictos que poco ayudan al progreso institucional y mejoramiento procesal de la justicia local y en nada aportan a la mencionada política 6.2 del sexto objetivo del Plan Nacional para el Buen Vivir.

3.4.7.3 Objetivo 7. Políticas 7.1, 7.4 y 7.8

El séptimo objetivo del Plan busca “garantizar los derechos de la naturaleza y promover la sostenibilidad ambiental territorial y global” (Senplades, 2013) y, programa las siguientes políticas, logrando:

- 7.1. Asegurar la promoción, la vigencia y la plena exigibilidad de los derechos de la naturaleza;

- 7.4. Impulsar la generación de bioconocimiento como alternativa a la producción primario-exportadora; y,
- 7.8. Prevenir, controlar y mitigar la contaminación ambiental en los procesos de extracción, producción, consumo y posconsumo. (Ibídem).

Se puede decir que, dicho objetivo, presenta ciertas incompatibilidades con los TBI, si se considera que, en la práctica, la gran mayoría de estos tratados son utilizados para proteger inversiones realizadas en el sector extractivista, principalmente, en petróleo y minería. De ese modo, toda inversión internacional que busque explotar los recursos naturales no renovables del país, no sería considerada como enteramente compatible con los intereses y los objetivos del Plan, sin perjuicio, de la necesidad del Estado de recibir inversión extranjera para cumplir con sus proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos y de minerales.

Además, desde una posición un tanto radical, se puede establecer que, para asegurar la vigencia y plena exigibilidad de los derechos de la naturaleza, no se debe permitir ningún tipo de explotación que destruya o genere impacto ambiental de cualquier forma.

En cuanto a la política 7.4, se puede entender como incompatible con los TBI que protejan inversión en el sector primario exportador, pero a la vez, puede ser compatible con inversiones que busquen impulsar, generar e incentivar al bioconocimiento como alternativa a la producción primaria exportadora.

La política 7.8 puede concebirse como incompatible con los TBI, puesto que, tal como se estableció anteriormente, las actividades de las empresas extranjeras inversoras en el país se relacionan mayormente con procesos de extracción y producción que tienen evidentes efectos ambientales. Así, en teoría, al buscar prevenir estos impactos en la naturaleza, se tendría que rechazar toda inversión extranjera que se dirija hacia cualquier actividad en donde se afecte al medio ambiente.

3.4.7.4 Objetivo 8. Políticas 8.2 y 8.9. En concordancia con la Política 10.5

El octavo objetivo del Plan propone “consolidar el sistema económico social y solidario, de forma sostenible” (Senplades, 2013) y, plantea las siguientes políticas:

- 8.2. Consolidar el papel del Estado como dinamizador de la producción y regulador del mercado; y
- 8.9. Profundizar las relaciones del Estado con el sector popular y solidario (Ibídem).

En este punto, se debe recordar lo planteado en el capítulo primero, referente al cambio en la lógica de la economía neo capitalista, al reconocer que existen otros componentes de la misma, distintos al mercado y capital, como únicos elementos centrales de la economía. Dicho esto, se evidencia una incompatibilidad de este modelo económico con los fines perseguidos por los TBI, referentes al constante movimiento de capital hacia el país. Es así que:

En contraste, en la economía social y solidaria (...) el mercado pierde esa centralidad en el sistema económico para convertirse en un mecanismo más, junto con otras formas de intercambio justo y de organización económica de tipo comunitario, público, autónomo o mixto (...) **no es el afán de lucro el móvil del sistema económico**, sino la armonía en las relaciones de los seres humanos entre sí, con la naturaleza y las futuras generaciones (Grijalva, 2012, p.40) (El resaltado me pertenece).

La acumulación de capital no constituye el fin del sistema económico. Como establece Acosta (s/a, p. 12), “hay que construir otra lógica económica, que no radique en la ampliación permanente del consumo en función de la acumulación de capital”. Las relaciones económicas concernientes a la constante transferencia de capitales no representan un objetivo primordial del sistema económico ecuatoriano, mientras que, para los TBI, la transferencia de capitales en forma de inversiones, junto con la protección de los mismos, constituyen uno de los principales objetivos.

No se puede aceptar un dominio absoluto del mercado en la economía. “El subordinar el Estado al mercado (...) conduce a subordinar la sociedad a las relaciones mercantiles y al individualismo ególatra” (Acosta, s/a, p. 9). Debe existir una proporcionalidad de las fuerzas del mercado, la acción estatal y la

participación social. Una economía, dentro del marco del Buen Vivir, que no propugne y apoye las formas de organizaciones económicas comunitarias y la solidaridad como principio rector de las relaciones comerciales, no puede ser aceptada.

Dicho esto, las políticas mencionadas no son compatibles con los TBI puesto que buscan consolidar un Estado distinto al que se obtendría con la inversión de capitales extranjeros. Así, por ejemplo, la política 8.2 es incompatible con lo que buscan los TBI, ya que plantea al Estado como regulador del mercado y, no permite que sea el mismo mercado el que se auto regule. De la misma forma, la política 8.9 es incompatible con los fines perseguidos por los TBI debido a que la inversión internacional, sin el debido control y regulación, no aporta, en principio, con el fin de profundizar las relaciones entre el Estado y sector popular y solidario.

En concordancia con esto, la política 10.5 plantea “fortalecer la economía popular y solidaria –EPS–, y las micro, pequeñas y medianas empresas –MIPYMES– en la estructura productiva” (Senplades, 2013). Esto evidencia que, el Estado busca fortalecer este sector, antes que impulsar una inyección de capital extranjero en la industria nacional. En consecuencia, las políticas que buscan desarrollar este sector de la economía están en contraposición con los fines de los TBI, debido a que dicho sector no requiere primordialmente de inversión internacional, es más, las inversiones extranjeras pueden constituir una amenaza para el desarrollo y crecimiento de del mismo. Para ejemplificarlo, para las MIPYMES es complicado competir de igual a igual con una transnacional que viene al país con una fuerte inyección de capital extranjero. El Estado debe precautelar el desarrollo de las MIPYMES, de conformidad con el Plan.

3.4.7.5 Objetivo 10. Políticas 10.1 y 10.7

Dentro del décimo objetivo del Plan, “impulsar la transformación de la matriz productiva” (Senplades, 2013), se presentan las siguientes políticas:

10.1. Diversificar y generar mayor valor agregado en la producción nacional

- 10.7. Impulsar la inversión pública y la compra pública como elementos estratégicos del Estado en la transformación de la matriz productiva (Ibídem).

Si bien en principio, el objetivo puede ser visto como compatible debido a que, en teoría, la inversión extranjera puede impulsar la transformación de la matriz productiva, con técnicas y tecnología avanzadas, se debe acotar que, las mencionadas políticas pueden ser consideradas incompatibles con los TBI. Primeramente, el Estado busca generar mayor valor agregado a la producción nacional. Si bien la inversión puede servir como ayuda para la introducción de nuevos conocimientos que colaboren con la generación de productos elaborados, se puede establecer que la excesiva inversión extranjera puede destruir la industria nacional, acabar con puestos de trabajo y, consecuentemente, generar afectaciones sociales en la población ecuatoriana.

Al momento en que empresas con mayores rendimientos tecnológicos, mayores niveles de escala y mayor inversión de capital ingresan al país, pueden destrozarse a medianas y pequeñas empresas nacionales y, no necesariamente van a generar más empleo. Entonces, no estaría ayudando a generar mayor valor agregado en la producción nacional. Adicionalmente, la política 10.7 busca incentivar e impulsar la inversión pública, más no la privada y, menos aún, la extranjera.

3.4.8 Incompatibilidad entre la lógica de las decisiones de los laudos arbitrales del CIADI y la lógica del Buen Vivir

Como último punto de incompatibilidad entre el Buen Vivir y los TBI, vale la pena analizar la incompatibilidad existente entre la lógica de las decisiones de los laudos arbitrales del CIADI y la lógica del Buen Vivir. Es importante mencionar que los arbitrajes internacionales presentan una lógica distinta a la del Buen Vivir, incompatible por varias razones. Como se ha visto en los capítulos anteriores, el Buen Vivir total e integral es imposible si existen diferencias abismales en los ingresos económicos de las personas. No puede haber Buen Vivir si hay gente que viva mal. Los fundamentos ideológicos del Buen Vivir ecuatoriano no toleran las ganancias ilimitadas. Dentro de esta lógica, no puede haber empresas transnacionales que tengan ganancias

exorbitantes. La ganancia económica desmesurada de empresas transnacionales no constituye la igualdad que propone el Buen Vivir, puesto que, debe haber una distribución equitativa e igualitaria de la riqueza.

Así las cosas, los análisis previos a las decisiones tomadas en los laudos de arbitraje internacional del CIADI no consideran la lógica del Buen Vivir, simplemente, se limitan a reconocer los contratos firmados entre las partes, sin importar si éstos se dieron bajo realidades distintas a las actuales, y reconocen, muchas veces, beneficios desmesurados para las empresas extranjeras tenedoras de grandes inversiones en el país. La lógica de igualdad considerada en el Buen Vivir es incompatible con la lógica de los árbitros internacionales, debido a que, no se realiza ningún análisis en este sentido, simplemente se reconoce al contrato firmado como único elemento de la relación bilateral entre el inversor y el Estado, cuando en la realidad, existen estos otros factores que deben ser tomados en cuenta, principalmente varía de la legislación ecuatoriana incluyendo aquella relativa al Buen Vivir.

Un ejemplo actual y real de la incompatibilidad de la lógica de los laudos arbitrales internacionales y el establecimiento de límites a las ganancias económicas de una persona, natural o jurídica, se evidencia en la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 242 de 29 de diciembre de 2007. Dicha Ley crea el impuesto a los ingresos extraordinarios, entendidos a éstos como “aquellos percibidos por las empresas contratantes y generados en ventas a precios superiores al precio base pactado o al previsto en los respectivos contratos” (art. 165). De esta forma, se determina que cualquier ganancia económica, por encima de lo pactado en el contrato con el Estado, deberá pagar una tarifa del impuesto equivalente al 70% de esos ingresos (Ley reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, 2007, art. 170).

Esto representa un claro ejemplo de la lógica del Buen Vivir en cuanto a la búsqueda de la igualdad en la distribución de riqueza en el país, impidiendo las ganancias ilimitadas. Así, es incompatible con la lógica del arbitraje internacional, puesto que es un cambio de las reglas con las que se firmaron

inicialmente los contratos entre los inversores extranjeros y el Estado, y eso, los árbitros internacionales pueden considerarlo como tratamiento injusto, cuando en realidad es un reconocimiento de la lógica del Buen Vivir en los contratos con el Estado.

Finalmente, es importante mencionar que, esta lógica, que no permite que exista alguien que gane ilimitadamente, responde a una lógica de igualdad y equidad que busca el Buen Vivir y, está en plena contraposición con la lógica de los laudos arbitrajes internacionales, que solamente se rigen al contrato firmado y a los TBI como principales elementos a considerar al momento de resolver una diferencia entre un inversor extranjero y un Estado. En consecuencia, el Buen Vivir de todos como sociedad, no es posible si no existe una igualdad en las ganancias y los ingresos económicos de las personas, el Estado y los inversionistas, cosa que, se contrapone expresamente con la lógica capitalista, que promueve la acumulación ilimitada del poder económico de las empresas, y al final, de las personas.

Conclusiones

Luego de haber realizado este trabajo se ha llegado a una conclusión principal: la compatibilidad del Plan Nacional para el Buen Vivir con los TBI depende enteramente de la concepción que el Estado mantenga en relación al Buen Vivir y al *Sumak Kawsay*. No existe una respuesta única y absoluta a la pregunta de investigación, puesto que, el Estado ecuatoriano no ha definido de manera clara y concisa si lo que se busca, como objetivo primordial, es el Buen Vivir, entendido como una alternativa de desarrollo o el *Sumak Kawsay*, entendido como una alternativa al desarrollo.

Así, se esbozan las siguientes conclusiones principales:

- a) Primero, si lo que el Estado ecuatoriano busca es implementar un modelo de desarrollo que promulgue el Buen Vivir, es decir, si considera que el Buen Vivir constituye una alternativa de desarrollo, entonces los TBI son compatibles con el Plan Nacional para el Buen Vivir. Si bien el incremento de la inversión internacional no representa el objetivo primordial en un modelo de desarrollo que busca el Buen Vivir, los TBI, como instrumentos promotores y protectores de esta inversión, son compatibles dentro de esta propuesta de desarrollo, ya que, de una u otra manera, pueden incentivar la entrada de flujo de capitales internacionales e, indirectamente, pueden colaborar con el desarrollo económico del país, y como consecuencia, de sus ciudadanos, amparados en el concepto del Buen Vivir.
- b) Por otro lado, si el Estado lo que busca es consolidar al *Sumak Kawsay* como una alternativa al desarrollo, la inversión extranjera y, por ende, los TBI, serían incompatibles con el Plan Nacional para el Buen Vivir, puesto que, en este modelo de vida, la entrada de capitales extranjeros no es requerida ni necesaria dentro de una economía enteramente endógena. En este caso, el concepto de desarrollo económico dejaría de existir debido a que el *Sumak Kawsay* constituye una alternativa de vida, una concepción distinta de la misma donde la economía y el capital no

son concebidos como elementos necesarios para el desarrollo personal de los seres humanos. De esta forma, todo tratado que incentive y proteja la inversión extranjera sería incompatible con los fines del Estado, fincados en alcanzar la felicidad de las personas basados en el concepto idealista del *Sumak Kawsay*.

Referente a los puntos tratados contenidos en la Constitución de la República y en el Plan Nacional para el Buen Vivir, se debe mencionar las siguientes conclusiones:

- a) La Constitución de la República del año 2008 presenta cuestiones inaplicables debido a su relatividad evidente, resultantes de una posición extrema que buscaba reconocer derechos nuevos y recogía peticiones de los sectores históricamente menos favorecidos, sin considerar la posibilidad de aplicarlos de manera práctica y evaluarlos por medio de indicadores materiales estadísticos y objetivos.
- b) Los derechos fundamentales, plasmados y reconocidos en la Constitución de la República, constituyen una obligación constitucional para el Estado y, no puede existir ningún otro derecho derivado por ejemplo, de los TBI, que de cualquier manera irrespete o menoscabe los derechos fundamentales. Es decir, en caso de conflicto entre derechos derivados de los TBI y derechos constitucionales, éstos últimos siempre serán de mayor jerarquía y no admiten discusión acerca de su aplicabilidad efectiva, directa e inmediata.
- c) La economía popular y solidaria, establecida en la Constitución de la República, representa un cambio ideológico del paradigma y reconoce al ser humano como único sujeto y fin de la economía, más no al capital, al mercado y a la libre competencia, como elementos reguladores de la misma.
- d) El Plan Nacional para el Buen Vivir plantea objetivos claros, medibles con indicadores aplicables y que pueden ser llevados a la práctica, sin

embargo, no define, dentro sus más de 600 páginas, si lo que se busca es el Buen Vivir o el *Sumak Kawsay*, por el contrario, los utiliza, de manera errónea, como sinónimos.

- e) La lógica del Buen Vivir no permite que existan personas que ganen ilimitadamente, debe haber una equidad en cuanto a los ingresos económicos, puesto que, es imposible el Buen Vivir total mientras exista un sector de la población que viva en condiciones sumamente deplorables en comparación a otro grupo social privilegiado que acumule la mayoría del capital. Las normas jurídicas actuales dan muestra de esto.

En cuanto a los TBI se debe mencionar que existen tanto conclusiones positivas como negativas. Dentro de las conclusiones positivas, se debe mencionar que:

- a) Los TBI son instrumentos jurídicos que generan un ambiente favorable para los inversionistas extranjeros y pueden estimular la entrada de inversiones internacionales en el país. La inversión privada es necesaria.
- b) El arbitraje, que causa la internacionalización del conflicto, garantiza a los inversionistas extranjeros, en teoría, imparcialidad y prolijidad en las soluciones de diferencias surgidas en materia de inversiones.
- c) Los TBI generan una aparente sensación de seguridad jurídica para los inversionistas extranjeros.
- d) Las cláusulas de los TBI garantizan el tratamiento justo y equitativo, permiten la repatriación de capitales y regularizan a las expropiaciones con indemnizaciones prontas, adecuadas y efectivas.

Por otro lado, algunas conclusiones negativas son:

- a) Los TBI pueden constituir una sobreprotección a la inversión extranjera, lo cual genera una discriminación de la inversión local, puesto que, el

inversionista nacional no tiene la posibilidad de aplicar o recurrir a las disposiciones de los TBI y eso, puede significar o interpretarse como un tratamiento menos favorecido que el otorgado a los inversionistas extranjeros.

- b) No existe estudio ni investigación alguna que evidencie una relación directa o exacta que determine que, la suscripción de TBI, genera un incremento de entrada de capitales a la economía nacional en forma de inversión extranjera. Además, tampoco se ha determinado que el aumento de la inversión extranjera colabore con el desarrollo económico del país.
- c) Los TBI no colaboran con el mejoramiento de la justicia local, por el contrario, constituyen un reconocimiento de la deficiencia de la misma al internacionalizar los conflictos surgidos en materia de inversiones extranjeras. Además, el arbitraje internacional constituye el fracaso máximo de las relaciones bilaterales entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión.
- d) La inversión extranjera, protegida por los TBI, debe desarrollarse en los campos y con los modos que más favorezcan a los intereses del país, de lo contrario, puede ser perjudicial para el mismo.
- e) No existe igualdad de condiciones en las negociaciones de un TBI, entre un país exportador de capital y un país receptor de capital.
- f) Normalmente, el flujo de capitales en un TBI es unidireccional, del país desarrollado al país en desarrollo.

Finalmente, referente al estado procesal actual de todos los TBI que el Ecuador ha suscrito con varios Estados y, en concordancia con el Anexo 1 del presente trabajo de investigación, se debe concluir lo siguiente:

- a) En estricto sentido legal, todos los TBI que el Ecuador ha celebrado, que suman un total de 29 convenios, se encuentran vigentes y aplicables, puesto que, ninguno ha terminado con el debido proceso necesario para que se efectúe y efectivice la denuncia del convenio.

- b) De conformidad con el artículo 422 de la Constitución de la República, la gran mayoría de TBI, que el Ecuador tiene suscrito, son inconstitucionales, puesto que, mantienen cláusulas que reconocen el arbitraje internacional del CIADI.

- c) Se evidencia que, a pesar de que el Ecuador denuncie los TBI que mantiene, las disposiciones establecidas en los mismos continúan vigentes por un periodo adicional de 10 o 15 años, dependiendo del convenio, posteriores a la fecha en que la denuncia haya sido ratificada por el Presidente de la República y notificada al otro Estado contratante.

Recomendaciones

- a) Los TBI deben ser instrumentos compatibles con el Plan Nacional para el Buen Vivir debido a que, la inversión extranjera, en ciertos sectores y bajo ciertos parámetros, es beneficiosa para el país. Además, la inversión privada es necesaria para desarrollar varios proyectos y en especial, para la consecución del Buen Vivir.
- b) Se debe buscar la posibilidad de implementación e internacionalización de otros tipos de mecanismos alternativos a los TBI, mediante los cuales se consiga promocionar la inversión extranjera y, al mismo tiempo, se precautele el desarrollo interno de los países receptores de dicha inversión. El Estado ecuatoriano debe pensar en un régimen internacional de inversiones que precautele, tanto los derechos de los inversores internacionales, así como los intereses colectivos de los países en desarrollo.
- c) El Estado ecuatoriano debe definir de manera clara y sin espacio a interpretaciones dos asuntos:
 - Establecer la diferencia entre el Buen Vivir y *Sumak Kawsay*, para de ese modo, determinar si lo que se busca es al Buen Vivir como alternativa de desarrollo o al *Sumak Kawsay* como alternativa al desarrollo
 - Establecer cuál de los dos conceptos es su objetivo final.
- d) La investigación refleja que el Estado ecuatoriano debe buscar el Buen Vivir como finalidad y no el *Sumak Kawsay*, ya que este último es inaplicable en la práctica debido a su utopía evidente.
- e) Este trabajo debe constituir un incentivo para la academia a que se entable un debate para definir y diferenciar el Buen Vivir del *Sumak Kawsay* a fin de que insten a las autoridades públicas a que definan cuál de los dos es el objetivo del Estado.

- f) Una vez determinada la diferencia entre el Buen Vivir y el *Sumak Kawsay*, se debe eliminar, en la Constitución de la República y en Plan Nacional para el Buen Vivir, la utilización de sinónimos entre dichos términos.

- g) El Estado debe implementar modelos de desarrollo que puedan ser llevados a la práctica y evaluados por medio de indicadores objetivos, claro y precisos, sin espacio a la relatividad.

REFERENCIAS

- Acosta, A. (2010). Respuestas regionales para problemas globales. En: León, I. (Coord.), SumakKawsay / Buen Vivir y cambios civilizatorios. (2da ed.) (pp. 89 - 103). Quito, Ecuador: FEDAEPS.
- Acosta, A. (2012). Amenazas de un TLC con la Unión Europea o la Constitución como punto de partida de las relaciones internacionales. En: Jácome, H. (Coord.), El Retorno de la Carabelas: Acuerdo Comercial Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea. (pp. 27 - 39). Quito, Ecuador: FLACSO Sede Ecuador.
- Acosta, A. (2013). Otra Economía para otra civilización: La respuesta las tenemos todos y todas. Manuscrito presentado para su publicación.
- Acosta, A. y Martínez, E. (2011). La Naturaleza con Derechos: De la filosofía a la política. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala.
- Alexy, R. (2007). Teoría de los Derechos Fundamentales. (2da ed. en español). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). La Teoría del Discurso y los Derechos Fundamentales. En: Menéndez, A. y OddvarEriksen, E. (Eds.), La Argumentación y los Derechos Fundamentales. (pp. 29 - 48). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ámbito.com, (2014). Colombia - Riesgo País (Embi + elaborado por JP Morgan). Recuperado el 16 de junio de 2014 de <http://www.ambito.com/economia/mercados/riesgo-pais/info/?id=4>
- Ander – Egg, E. (2010). Globalización, el proceso en el que estamos metidos. (1ra ed.). Córdoba, Argentina: Editorial Brujas.
- Andrade, X. (2010). Renuncia al arbitraje previsto en un tratado: el caso ecuatoriano. En: Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. 183 - 208.

- Argerich, G. (2005). Protocolos de inversiones extranjeras del MERCOSUR, ¿Instrumentos útiles para el siglo XXI? En: De Cita Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades. Inversiones Extranjeras. 3. 208 - 219.
- Ávila Santamaría, R. (2012). Aproximaciones: nuevas construcciones de indicadores. En: Zambrano Mendoza, O. (Ed.), Educación y Buen Vivir. Reflexiones sobre su construcción. (pp. 153 - 156). Quito, Ecuador: Contrato Social por la Educación en el Ecuador.
- Ávila Santamaría, R., (2009). Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano. En: Courtis, C. y Ávila Santamaría, R. (Eds.), La Protección Judicial de los Derechos Sociales. (pp. 543 - 575). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Banco Central del Ecuador, (2014). Riesgo País. Recuperado el 18 de junio de 2014 de http://contenido.bce.fin.ec/resumen_ticker.php?ticker_value=riesgo_pais
- Banco Mundial, (2014). Datos – PIB (US\$ a precios actuales). Recuperado el 15 de junio de 2014 de <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD>
- Barragán Barragán, J., Conteras Bustamante, R., Mateos Santillán, J., Soto Flores, A., y Flores Trejo, F. (2012). Teoría de la Constitución. México DF, México: Editorial Porrúa.
- Blackaby, N. y Dechamps, J. P. (2011). ¿La multilateralización del Acuerdo Arbitral? - La cláusula de nación más favorecida y los mecanismos de resolución de disputas entre inversores y estados en tratados bilaterales de inversión. En: Soto, C. (Ed.), Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral. (pp. 259 - 282). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

- Bonifaz Tweddle, G. (2004). Los acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera celebrados por el Estado peruano y el Mecanismo de Solución de Controversias inversionista – Estado. En: Política Internacional. Revista de la Academia Diplomática del Perú. 78. 72 – 114.
- Briones Velastegui, M. (2012). Un triple punto de partida. En: Zambrano Mendoza, O. (Ed.), Educación y Buen Vivir. Reflexiones sobre su construcción. (pp. 33 - 42). Quito, Ecuador: Contrato Social por la Educación en el Ecuador.
- Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI No.ARB/08/5. (2012).
- Carbonell, M. (Ed.) (2007). Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Carbonell, M. (Ed.) (2008). Democracia y Garantismo. Luigi Ferrajoli. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Carbonell, M. y Salazar, P. (Eds.) (2009). Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid, España: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. Editorial Trotta.
- Carpio Benalcázar, P. (2009). El Buen Vivir, más allá del desarrollo – La nueva perspectiva Constitucional en Ecuador. En: Acosta, A. (Comp.), El Buen Vivir: Una vía para el desarrollo. (2da ed.)(pp. 115 - 147). Santiago de Chile, Chile: Editorial Universidad Bolivariana.
- Castillo Córdova, L. (2008). Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Lima, Perú: Editorial Jurídica Grijley.
- Charvet, E. (2013). Las políticas culturales y el buen vivir. En: Cabrero, F. (Comp.), I Congreso Ecuatoriano de Gestión Cultural – Hacia un diálogo de saberes para el buen vivir y el ejercicio de los derechos culturales. (pp. 39 - 56) Quito, Ecuador: FLACSO Sede Ecuador.

- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. (2010). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Correa, R. (2004). El Sofisma del Libre Comercio. En: Acosta, A. y Gudynas, E. (Eds.), Libre Comercio Mitos y Realidades – Nuevos desafío para la economía política de la integración latinoamericana (pp. 111 - 124). Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala.
- Dávalos, P. (s.f.). SumakKawsay (La Vida en Plenitud). Recuperado el 10 de junio de 2013 de http://www.puce.edu.ec/documentos/Cuestiones_sobreelSumakKawsay.pdf
- Daza, E. y Fernández, R. (2004). Nos recetan lo que no hicieron – Protección, inversión extranjera y exportaciones, y su papel en el desarrollo. En: Acosta, A. y Gudynas, E. (Eds.), Libre Comercio Mitos y Realidades – Nuevos desafío para la economía política de la integración latinoamericana (pp. 143 - 162). Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala.
- De la Dehesa, G. (2003). Globalización, desigualdad y pobreza. Madrid, España: Alianza Editorial.
- De la Torre Pérez, A. (2013). Estrategias para la gestión del desarrollo cultural en el Ecuador. En: Cabrero, F. (Comp.), I Congreso Ecuatoriano de Gestión Cultural – Hacia un diálogo de saberes para el buen vivir y el ejercicio de los derechos culturales. (pp. 57 - 65) Quito, Ecuador: FLACSO Sede Ecuador.
- Decisión 291: Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y Sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. (1991). Lima, Perú: Comisión del Acuerdo de Cartagena.

DusselPeters, E. (2006) Gasto en investigación y desarrollo e inversión extranjera directa. Un estudio a nivel de clases económicas del sector manufacturero mexicano (1994-2000). En: Nadal, A. y Aguayo, F. (Eds.), Experiencias de Crisis y Estrategias de Desarrollo. Autonomía Económica y Globalización. (pp. 497 - 515). México DF, México: El Colegio de México.

Entrevista a Alberto Acosta, Flacso, 19 de noviembre de 2013

Entrevista a Jack Coe, Universidad Andina Simón Bolívar, 4 de julio de 2013

Felix, D. (2006) ¿Será el futuro como el pasado? La contribución de la globalización financiera a la actual crisis del neoliberalismo. En: Nadal, A. y Aguayo, F. (Eds.), Experiencias de Crisis y Estrategias de Desarrollo. Autonomía Económica y Globalización. (pp. 29 - 57). México DF, México: El Colegio de México.

Ferrajoli, L. (2001). Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales.. Madrid, España: Editorial Trotta.

Garriga Suau, G. (2009). Los Tratados Bilaterales de Inversión (BITS). En: Castillo, M. (Ed.), Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales. (pp. 279 - 330). Lima, Perú: Palestra Editores.

Grijalva Jiménez, A. (2012). Constitucionalismo en el Ecuador. Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Periodo de Transición.

Grimm, D. (2006). Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Madrid, España: Editorial Trotta.

Hermida, J. M., (2009). Presentación. En: Courtis, C. y Ávila Santamaría, R. (Eds.), La Protección Judicial de los Derechos Sociales. (pp. ix - xi). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Huanacuni Mamani, F. (2010). *Vivir Bien / Buen Vivir: Filosofía, Políticas, Estrategias y Experiencias Regionales*. La Paz, Bolivia: Instituto Internacional de Integración.
- Ibarra, H. (2013). Las cambiantes concepciones de las políticas culturales. En: Cabrero, F. (Comp.), *I Congreso Ecuatoriano de Gestión Cultural – Hacia un diálogo de saberes para el buen vivir y el ejercicio de los derechos culturales*. (pp. 29 - 38) Quito, Ecuador: FLACSO Sede Ecuador.
- Index Mundi, (2013). Ecuador Producto Interno Bruto. Recuperado el 18 de junio de 2014 de [http://www.indexmundi.com/es/ecuador/producto_interno_bruto_\(pib\).html](http://www.indexmundi.com/es/ecuador/producto_interno_bruto_(pib).html)
- León, I. (2010). Resignificaciones, cambios sociales y alternativas civilizatorias. En: León, I. (Coord.), *SumakKawsay / Buen Vivir y cambios civilizatorios*. (2da ed.) (pp. 7 - 12). Quito, Ecuador: FEDAEPS.
- León, M. (2009). Cambiar la economía para cambiar la vida – Desafíos de una economía para la vida. En: Acosta, A. (Comp.), *El Buen Vivir: Una vía para el desarrollo*. (2da ed.) (pp. 63 - 74). Santiago de Chile, Chile: Editorial Universidad Bolivariana.
- León, M. (2010). El buen vivir: objetivo y camino para otro modelo. En: León, I. (Coord.), *SumakKawsay / Buen Vivir y cambios civilizatorios*. (2da ed.) (pp. 105 - 123). Quito, Ecuador: FEDAEPS.
- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador. (2007). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Lizarazo, L. (1997). Acuerdos bilaterales de promoción y protección a la inversión (APPI). En: De Lombaerde, P. (Coor.), *La Inversión Extranjera en Colombia. Régimen jurídico y análisis económico*. (pp. 93 - 129). Bogotá, Colombia: Universidad Sergio Arboleda.

- López, N. (2012). Indicadores de educación con enfoque de derechos en el marco del buen vivir. En: Zambrano Mendoza, O. (Ed.), Educación y Buen Vivir. Reflexiones sobre su construcción. (pp. 157 - 164). Quito, Ecuador: Contrato Social por la Educación en el Ecuador.
- Moré, A. (2011). Alter Justitia. Estudios sobre teoría y justicia constitucional. En: Revista de la Maestría en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. 117 – 138.
- Morocho, M. (2012). Sumakkawsay / buen vivir: Educación en el Estado plurinacional e intercultural ecuatoriano. En: Zambrano Mendoza, O. (Ed.), Educación y Buen Vivir. Reflexiones sobre su construcción. (pp. 79 - 96). Quito, Ecuador: Contrato Social por la Educación en el Ecuador.
- Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11. (2012).
- Organización de las Naciones Unidas (2001). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo. Admisión y Establecimiento. Ginebra, Suiza.
- Organización de las Naciones Unidas (2001). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo. Inversión Extranjera Directa y Desarrollo. Ginebra, Suiza.
- Organización de las Naciones Unidas (2010). Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2010. Nueva York, NY.
- Organización Mundial del Comercio, (2014). Los Principios del sistema de comercio. Recuperado el 17 de junio de 2014 de http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm
- Oviedo Freire, A. (2013). Sumakawsay es la cultura de la vida. En: Cabrero, F. (Comp.), I Congreso Ecuatoriano de Gestión Cultural – Hacia un

diálogo de saberes para el buen vivir y el ejercicio de los derechos culturales. (pp. 67 - 80) Quito, Ecuador: FLACSO Sede Ecuador.

Pallarés, B. (2005). Reflexiones acerca del consentimiento del estado para someterse al arbitraje. En: De Cita Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades. Inversiones Extranjeras. 3. 65 – 81.

Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador). Caso CIADI No. ARB/08/6. (2009).

Pérez Luño, A. (2011). Los Derechos Fundamentales. (10ma ed.). Madrid, España: Editorial Tecnos (Grupo Anaya).

Pérez Tremps, P. (2004). Los Derechos Fundamentales. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.

Plan Nacional para el Buen Vivir 2009 – 2013. (2009). Quito, Ecuador: Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES.

Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017. (2013). Quito, Ecuador: Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES.

Ponce Villacís, J. (2010). El Neoconstitucionalismo en el Ecuador. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Prieto Sanchís, P. (2009). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid, España: Editorial Trotta.

Quintero, R. (2009). Las innovaciones conceptuales de la Constitución de 2008 y el SumakKawsay. En: Acosta, A. (Comp.), El Buen Vivir: Una vía para el desarrollo. (2da ed.)(pp. 75 - 91). Santiago de Chile, Chile: Editorial Universidad Bolivariana.

Quirola Suárez, D. (2009). SumakKawsay. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza. En: Acosta, A. (Comp.), El Buen Vivir:

- Una vía para el desarrollo. (2da ed.)(pp. 103 - 114). Santiago de Chile, Chile: Editorial Universidad Bolivariana.
- Ramírez, R. (2010). La transición ecuatoriana hacia el Buen Vivir. En: León, I. (Coord.), SumakKawsay / Buen Vivir y cambios civilizatorios. (2da ed.) (pp. 125 - 141). Quito, Ecuador: FEDAEPS.
- Reglamento a la Estructura e Institucionalidad del Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo. (2011). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Restrepo, E. (1997). Mecanismos multilaterales de protección (MIGA, ICSID) y OPIC. En: De Lombaerde, P. (Coor.), La Inversión Extranjera en Colombia. Régimen jurídico y análisis económico. (pp. 3 - 17). Bogotá, Colombia: Universidad Sergio Arboleda.
- Robalino, J. (2010). Globalización de los contratos administrativos mediante las cláusulas paraguas. En: Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. 491 - 504.
- Rodríguez Jiménez, S. (2005). Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI. En: De Cita Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades. Inversiones Extranjeras. 3. 119 - 149.
- Salvador, I. y Riofrío, M. (2010). La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas. En: Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. 89 - 127.
- Santos, B. (2010). La hora de I@s invisibles. En: León, I. (Coord.), SumakKawsay / Buen Vivir y cambios civilizatorios. (2da ed.) (pp. 13 - 25). Quito, Ecuador: FEDAEPS.
- Suárez, I. (2010). Particularidades del acceso al arbitraje internacional en los tratados bilaterales de inversión suscritos por la Republica del

Ecuador. En: Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. 61 – 87.

Turner, P. (1991). La inversión extranjera directa en el mundo en desarrollo: la experiencia de los años ochenta. En: Revista Monetaria. 3 (14). 199 – 232.

Universidad de las Fuerzas Armadas – ESPE – Centro de Estudios Estratégicos CESPE, (2012). Ranking Latinoamericano de Riesgo País. Recuperado el 17 de junio de 2014 de <http://cespe.espe.edu.ec/2012/06/03/ranking-latinoamericano-de-riesgo-pais/>

Wray, N. (2009). Los retos del régimen de desarrollo – El Buen Vivir en la Constitución. En: Acosta, A. (Comp.), El Buen Vivir: Una vía para el desarrollo. (2da ed.)(pp. 51 - 62). Santiago de Chile, Chile: Editorial Universidad Bolivariana.

Zapata de Arbeláez, A. (2000). Colección de Derecho Económico. Acuerdos Bilaterales para la Promoción y Protección de Inversiones Internacionales: La Experiencia Colombiana. (1ra ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

ANEXOS

ANEXO 1: TBI celebrados por la República del Ecuador

PAIS	FECHA DE LA FIRMA	FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA	FECHA DE EXPIRACION*	FECHA INFORME	ESTADO ACTUAL	ESTADO PROCESAL	Cláusula CIADI	VIGENCIA LUEGO DE EXPIRADO
Alemania	21 de marzo de 1996	12 de febrero de 1999	12 de febrero de 2009	10 de agosto de 2010	Vigente	Aprobada la denuncia por el Pleno de la Asamblea el 14 de septiembre de 2010	art. 9 TBI	15 años
Argentina	18 de febrero de 1994	01 de diciembre de 1995	01 de diciembre de 2005	20 de marzo de 2013	Vigente	Se envió el informe a la Asamblea el 20 de marzo de 2013	art. 9 TBI	15 años
Bolivia	25 de mayo de 1995	15 de agosto de 1997	15 de agosto de 2014	No aplica	Vigente	No ha sido denunciado	art. 9 TBI	10 años
Canadá	29 de abril de 1996	06 de junio de 1997	No expira	22 de junio de 2011	Vigente	Pendiente sesión en el pleno de la Asamblea	art. 13 TBI	15 años
Chile	27 de octubre de 1993	02 de enero de 1996	02 de enero 1996	25 de mayo de 2011	Vigente	Pendiente segunda sesión en el pleno de la Asamblea	art. 10 TBI	10 años
China	21 de marzo de 1994	09 de julio de 1997	No hay informacion	14 de octubre de 2010	Vigente	Pendiente segunda sesión en el pleno de la Asamblea	Art. 8 TBI	10 años
Costa Rica	06 de diciembre de 2001	**30 días de última notificación	**10 años desde vigencia	No aplica	Vigente	No aplica	art. 10 TBI	10 años
Cuba	06 de mayo de 1997	01 de junio de 1998	No hay informacion	No hay informacion	Vigente	Se denunció el 23 de enero de 2008. No hubo respuesta de Cuba	N/A	-----
El Salvador	16 de mayo de 1994	14 de enero de 1996	14 de enero de 2006	No hay informacion	Vigente	Denunciado	art. 10 TBI	10 años
España	26 de junio de 1996	18 de junio de 1997	26 de junio de 2006	Inicia trámite de informe 09 de julio de 2013	Vigente	Corte Constitucional declara incompatible el 25 de abril de 2013. Pendiente sesión Asamblea	art. 11 TBI	10 años
Estados Unidos	27 de agosto de 1993	11 de mayo de 1997	11 de mayo de 2007	se envía el informe el 29 de abril de 2013	Vigente	Pendiente sesión en el pleno de la Asamblea	art. 6 TBI	10 años
Finlandia	18 de abril de 2001	16 de diciembre de 2001	10 de diciembre de 2010	18 de octubre de 2010	Vigente	Denuncia ratificada por el Presidente de la República. No se ha notificado a Finlandia	art. 10 TBI	10 años
Francia	07 de septiembre de 1994	10 de junio de 1996	10 de junio de 2006	15 de febrero de 2011	Vigente	Aprobada la denuncia por el Pleno de la Asamblea el 15 de marzo de 2011	art. 9 TBI	15 años
Guatemala	14 de agosto de 2002	04 de junio de 2005	18 de enero de 2009	No se ha iniciado	Vigente	Denunciado	N/A	-----
Holanda	27 de junio de 1999	01 de julio de 2001	01 de julio de 2011	No se ha iniciado	Vigente	Pendiente en el pleno de la Asamblea para aprobar la denuncia (10 de marzo de 2011)	art. 11 TBI	15 años
Honduras	26 de junio de 2000	24 de diciembre de 2006	24 de diciembre de 2016	No se ha iniciado	Vigente	Denunciado	art. 11 TBI	10 años
Italia	25 de octubre de 2001	26 de mayo de 2005	26 de mayo de 2015	No aplica	Vigente	No aplica	art. 9 TBI	-----
Nicaragua	02 de junio de 2000	09 de septiembre de 2002	21 de enero de 2009	No hay informacion	Vigente	Denunciado el 21 de enero de 2008	art. 9 TBI	10 años
Panamá	21 de diciembre de 1995	No hay información	No hay informacion	No aplica	Vigente	No aplica	N/A	-----
Paraguay	28 de enero de 1994	18 de septiembre de 1995	18 de septiembre de 2005	No se ha iniciado	Vigente	Denunciado	Art. 8 TBI	10 años
Perú	07 de abril de 1999	10 de diciembre de 1999	10 de diciembre de 2014	No aplica	Vigente	No aplica	Art. 8 TBI	10 años
Reino Unido	10 de mayo de 1994	24 de agosto de 1995	24 de agosto de 2015	18 de agosto de 2010	Vigente	Aprobada la denuncia por el Pleno de la Asamblea el 14 de septiembre de 2010	Art. 8 TBI	15 años
República Dominicana	26 de junio de 1998	04 de noviembre de 2006	04 de noviembre de 2011	No se ha iniciado	Vigente	Se denunció el 02 de enero de 2008. No hubo respuesta de República Dominicana	art. 13 TBI	5 años
Rumania	21 de marzo de 1996	18 de julio de 1997	18 de julio de 2007	No se ha iniciado	Vigente	Denunciado	art. 10 TBI	10 años
Rusia	25 de abril de 1996	25 de abril de 1996	No hay informacion	No aplica	Vigente	No aplica	N/A	-----
Suecia	31 de mayo de 2001	***1er día del 2do mes última notificación	***10 años desde vigencia	15 de febrero de 2011	Vigente	Aprobada la denuncia por el Pleno de la Asamblea el 15 de marzo de 2011	art. 8 TBI	15 años
Suiza	02 de mayo de 1968	11 de noviembre de 1969	11 de noviembre de 1974	15 de marzo de 2012	Vigente	Pendiente sesión en el pleno de la Asamblea	art. 7 TBI	10 años
Uruguay	31 de julio de 1985	31 de julio de 1985	No hay informacion	No se ha iniciado	Vigente	Denunciado	N/A	-----
Venezuela	18 de noviembre de 1993	01 de febrero de 1995	01 de febrero de 2013	25 de mayo de 2011	Vigente	Pendiente segunda sesión en el pleno de la Asamblea	art. 9 TBI	10 años

*Si bien los TBI tienen un tiempo de validez, todos se entienden automáticamente renovados indefinidamente hasta que una de las partes lo denuncie siguiendo la vía diplomática.

**En el Convenio se establece que entrará en vigor 30 días después de la fecha de la última notificación en que las Partes se comuniquen por escrito el cumplimiento de sus respectivos requisitos consuetudinarios para la entrada en vigor del Tratado. Sin embargo, no existe información de aquella notificación.

***En el Convenio se establece que entrará en vigor el primer día del segundo mes después de la fecha de la última comunicación acerca del cumplimiento de sus respectivos requisitos consuetudinarios para la entrada en vigor del Tratado. Sin embargo, no existe información de aquella notificación.