

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

“EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO COMO CAMBIO FUNDAMENTAL  
DE CIRCUNSTANCIAS PARA LA TERMINACIÓN DE TRATADOS EN EL  
SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO ENTRE 2008 Y 2014”

SAMUEL IGNACIO RIVADENEIRA GALLEGOS

DIRECTOR: ÍÑIGO SALVADOR CRESPO

QUITO, 2018

Quito, septiembre 11 de 2018

Doctor  
**GONZALO VACA DUEÑAS**  
Secretario Abogado  
Facultad de Jurisprudencia  
Presente. -

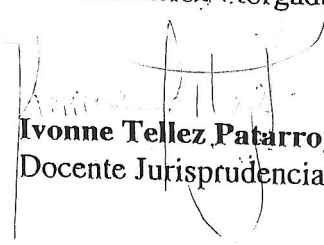
Mediante el presente documento me permito presentar el informe de lectura de la disertación titulada "*El poder constituyente originario como cambio fundamental de circunstancias para la terminación de tratados en el sistema jurídico ecuatoriano entre 2008-2014*" del estudiante Samuel Ignacio Rivadeneira Gallegos en los siguientes términos:

El trabajo de disertación aborda la relación entre derecho doméstico y derecho internacional dado que analiza el cumplimiento de los requisitos que el derecho internacional exige de los Estados y la aplicación concreta de estos en el caso ecuatoriano, por tanto, desde el punto de vista de la utilidad e la investigación, puede decirse que es sumamente pertinente la presentación de este trabajo.

El problema de investigación está claramente planteado y se observa una cohesión temática pues se desarrollan simultáneamente la fundamentación teórica de las ideas, la hipótesis del trabajo y los objetivos y las variables que los acompañan. Es de resaltar, la claridad metodológica que brinda al lector un disfrute en la lectura del texto, es notable la rigurosidad que se da al tema de investigación, puesto que se evidencia la síntesis de los hechos acompañados del análisis del autor, otorgando una fundamentación lógica a todo el trabajo. Las conclusiones responden coherentemente al resto del trabajo porque constituyen una ampliación de criterios y una síntesis del análisis presentado a lo largo de los capítulos.

Por lo expuesto anteriormente, considero que el trabajo cumple con todos los requisitos para que el estudiante acceda al título de Abogado, además, por su calidad, es susceptible de publicación.

La calificación otorgada es de DIEZ sobre DIEZ.

  
**Ivonne Tellez Patarroyo**  
Docente Jurisprudencia

  
12 SEP 2018



Efrén Guerrero Salgado, PhD.  
Abogado

Quito, sábado, 4 de agosto de 2018

Señor Doctor  
Gonzalo Vaca Dueñas  
Secretario Abogado, Facultad de Jurisprudencia  
Presente.

De mi consideración

El motivo de la presente es informarle que la Sr. Samuel Ignacio Ribadeneira Gallegos ha completado, conforme a las normas establecidas por la PUCE, la disertación titulada *"EL PODER CONSTITUYENTE COMO CAMBIO FUNDAMENTAL DE CIRCUNSTANCIAS PARA LA TERMINACIÓN DE TRATADOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO ENTRE 2008 Y 2014"*. Sobre el contenido de la disertación me permito hacer los siguientes comentarios y calificación, que usted puede encontrar la tabla siguiente:

Parámetro	Pregunta Guía	SI	NO	Desarrollo de la respuesta
Estructura General	1. ¿El tema de la disertación se ajusta a los requerimientos de la Facultad de Jurisprudencia <sup>1</sup> ?	X		<p>El estudiante ha realizado un estudio de la institución jurídica del "rebus sic stantibus", usando la figura del poder constituyente originario nacido de la Constitución 2008, como variable dependiente para analizar si la puesta en vigencia de una Carta Magna genera la operación de esta figura en torno a los tratados bilaterales de inversión.</p> <p>La doctrina de rebus sic stantibus planteada por el estudiante se puede resumir que:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. A medida que se produce el cambio en las circunstancias bajo las cuales se concluyó un acuerdo. Este cambio es tan esencial como para que la validez del acuerdo en cuestión sea impugnada.</li><li>2. Si esta doctrina encuentra aplicación en el derecho constitucional ecuatoriano, el estado de los tratados necesitará una revisión.</li></ol> <p>Este ejercicio académico se mantiene dentro de los requerimientos de la Facultad, ya que logra identificar instituciones jurídicas y valora su uso en escenarios de alta complejidad con relaciones entre instituciones de Derecho Constitucional General y Derecho Internacional Público. Se celebra el esfuerzo de la estudiante para concretar conceptos tan disímiles en un tema de alta actualidad y con poca experiencia en el Ecuador.</p>
	2. ¿El título del texto es adecuado?	X		El título es completo y contiene las variables utilizadas en el análisis.
	3. ¿El texto aporta a la	X		Considero que el documento propone un análisis interesante de Derecho Internacional Público aplicado al Derecho Constitucional, que poco se ve

<sup>1</sup> Según el reglamento de Régimen Académico del CES (art. 21.3) la titulación de pregrado incluye "la fundamentación metodológica y la integración de aprendizajes que garanticen un trabajo de titulación directamente vinculado con el perfil de egreso que contribuya al desarrollo de las ciencias, las tecnologías, las profesiones, los saberes y las artes".  
Guía de análisis:

Las disertaciones presentadas en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE deben demostrar, de acuerdo a los objetivos de la carrera, que el estudiante sea capaz de:

- a. Identificar instituciones jurídicas.
- b. Analizar el funcionamiento y la estructura del sistema jurídico ecuatoriano.
- c. Valorar los hechos, fenómenos y problemas jurídicos- sociales dentro de las normas y demás fuentes del Derecho.
- d. Juzgar los mecanismos de solución y exigibilidad más adecuados para su pretensión.
- e. Asumir el rol del abogado en la sociedad a la luz de los valores éticos y cristianos.



	teoría del conocimiento sobre el área que trata?			<p>en la experiencia jurídica ecuatoriana. En suma, el estudiante propone que, de encontrarse en el ejercicio del poder constituyente una situación que implique la aplicación del art. 62 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, el escenario posible será que habría que aplicar la denuncia de los TBI que sean contrarios a la Constitución, por cuanto no caben en la estructura de bloque de constitucionalidad, tal como lo tiene previsto el art. 424 de la Constitución.</p> <p>Es importante tener en cuenta ese elemento, por cuanto la teoría de la imprevisión no sirve “<i>para subsanar errores comerciales o financieros de los mismos. No protege singularmente a una de las partes de consecuencias destructoras del contrato, se trata de expurgarla de una sobrenvenida iniquidad nacida por circunstancias ajenas a las partes y al objeto o fin del negocio contractual</i>”<sup>2</sup>. Este elemento, que nace desde el Derecho Romano<sup>3</sup>, ha sido aplicado desde largo tiempo en la doctrina de Derecho Civil, y aparecido en varios casos a nivel internacional. En el presente texto, el estudiante hace un novedoso ejercicio que demuestra que el ejercicio de la soberanía del Estado, puede utilizar a la Constitución como mecanismo de gestión de sus obligaciones internacionales. Considero que el documento hace un aporte a la construcción del Derecho Internacional Público ecuatoriano, que ha sido poco estudiado, fuera del área del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.</p>
	4. ¿Existe concordancia entre las diferentes secciones del texto?	X		El texto se encuentra articulado y desarrollado de forma completa.
	5. ¿El contenido del texto es comprensible para el/la lector(a)?	X		El texto tiene un ritmo de lectura adecuado y su contenido mantiene el nivel requerido por la Facultad de Jurisprudencia
<b>Argumentación y uso de Herramientas Jurídicas</b>	6. ¿Existe actualidad y pertinencia en la realidad social y jurídica materia del texto?	X		El acto de ratificación, aceptación o adhesión de un Estado a un tratado implica la obligación de aquel de respetar las disposiciones del convenio internacional, bajo el principio pacta sunt servanda consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, en virtud del cual un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, según lo previsto en el artículo 27 de la aludida Convención de Viena <sup>4</sup> . Sin embargo, todo estado está sujeto a la imprevisibilidad de la aplicación de los tratados internacionales, frente a una comunidad internacional que es esencialmente caótica <sup>5</sup> , por lo que los pactos avenidos entre los sujetos de DIP deben pensarse como instrumentos vivos, que deben adaptarse a las circunstancias actuales <sup>6</sup> . En ese orden de cosas, la interpretación de buena fé no sólo debe actuar para proteger

<sup>2</sup> Abatti, Enrique L.; Rocca, Ival; Teoría de la Imprevisión. Novísima perspectiva que dan la ley 25.561 y los decretos 214/02 y 320/02. La acción directa por reajuste?: su admisibilidad, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002

<sup>3</sup> Cfr. Carmen Baón Romasanta, “La cláusula rebussucstantibus y su aplicación en el panorama actual” (2012): 7, <[http://www.ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/Newsletter\\_Procesal-junio2012.pdf](http://www.ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/Newsletter_Procesal-junio2012.pdf)>

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia: N° 004-16-DTI-CC, del 13 de Abril de 2016, MP: DR. Principales ERSC Emma Roxana Silva Chicaiza, Registro Oficial N° 799 Suplemento, 18 de Julio de 2016

<sup>5</sup> Kissinger, Henry. *Orden mundial: Reflexiones sobre el carácter de las naciones y el curso de la historia*. Debate, 2016.

<sup>6</sup> Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, Párrafo 165



				la estabilidad del sistema jurídico (Kelsen dixit), sino también los intereses del Estado, con la constitución como manifestación de la voluntad política de una sociedad determinada (Schmitt dixit), eso si, limitada deontológicamente por los derechos ciudadanos <sup>7</sup> .  El estudiante ha sabido sortear por una discusión jurídico política de gran calado con soltura y altura técnica. Se celebra que se llegue a ese nivel de abstracción conceptual.
	7. ¿Se incluye una hipótesis coherente o problema de investigación que fue realizado correctamente en el desarrollo del texto?	X		El problema de investigación se encuentra incluido y desarrollado.
	8. ¿La literatura citada es actualizada y acorde al tema?	X		Se encuentra la literatura avanzada en el plano de Derecho Internacional, Público, y Derecho Internacional Penal.
	9. ¿Existe argumentación jurídica correcta y cumple las reglas mínimas de la hermenéutica?	X		Se construye una interesante metodología de análisis comparativo .
	10. ¿El estudiante es capaz de incluir pensamiento propio?	X		Todo el documento es consecuencia de un trabajo minucioso por parte de la estudiante.
	11. ¿Existe coherencia metodológica en toda la estructura del trabajo?	X		Existe coherencia en el aparato metodológico realizado por la estudiante.
	12. ¿Las conclusiones son claras y están relacionadas con el contenido del trabajo presentado?	X		Las conclusiones son claras y actualizadas en relación con el contenido del trabajo.
<b>Forma y Presentación</b>	13. ¿El estilo de escritura es didáctico, bien desarrollado y gramaticalmente correcto?	X		Se cumplen las reglas de estilo, forma y gramática solicitadas por la PUCE.

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, Párrafo 164

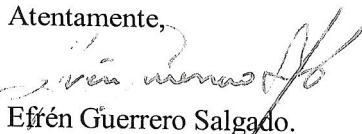


Efrén Guerrero Salgado, PhD.  
Abogado

	14. ¿Se cumplen las reglas de estilo exigidas por la PUCE <sup>8</sup> ?	X		
--	--	---	--	--

Considerando los antecedentes, se informa en mi calidad de evaluador par de este trabajo, se debe asentar una nota de 10 puntos, y se sugiere que, de ser considerado adecuado por el resto del tribunal, este documento sea publicado, como aporte de la Facultad a la discusión jurídica nacional.

Atentamente,

  
Efrén Guerrero Salgado.

---

<sup>8</sup> De acuerdo con las reglas de la PUCE, se sugiere que se utilice el formato del *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association*

## DEDICATORIA

A mi abuelo Luis Gallegos Salem y a doña Piedad Rea,  
evidencias de que “el primer fallo de los clérigos se produjo  
el día en que uno de ellos representó por primera vez un  
ángel con alas: hay que subir al cielo con las manos”  
(Pauwels, 1960)

## AGRADECIMIENTOS

A Gryska y Gabriel, por crear espacios perfectos con personas imperfectas. La condición de hijo no da derecho a padres como ellos.

A Camila y Gabriel, que aportan tanto, a veces sin siquiera notarlo o proponérselo.

A mi familia y especialmente a mi abuela por preguntarme siempre por esta tesis.

Al Dr. Íñigo Salvador Crespo y al Dr. Efrén Guerrero Salgado, por ser grandes maestros y saber darle a este trabajo un norte que por mi cuenta no habría podido hallar.

A la PUCE, a las personas que hicieron de todo esto algo muy bonito y a mi amiga Rosita Bolaños.

## Resumen

El cambio fundamental de circunstancias es un modo de terminación de los tratados, basado en la posibilidad de que un tratado, que al momento de su suscripción parecía particularmente conveniente, necesario y justo, en el tiempo pueda volverse inútil, muy gravoso, y su aplicación opuesta a las expectativas mutuas de las partes y a los objetivos que se plantearon inicialmente. Luego de una larga época de intentos unilaterales de aplicación, este modo de terminación existe hoy en día como una regla definida de Derecho Internacional Público que limita la discrecionalidad de los Estados al momento de su aplicación, pero no deja de ser un mecanismo de alivio para aquellos casos en que una aplicación inflexible del principio *pacta sunt servanda* llevaría a la injusticia. Por su parte, el poder constituyente originario es la facultad soberana de un Estado de darse una nueva Constitución y con ello modificar fundamentalmente la base de su ordenamiento. Como poder político, no tiene limitaciones positivas, y por el alcance de sus modificaciones constituye un verdadero cambio radical para el orden jurídico de un Estado. El presente trabajo de disertación consiste en el estudio de estas dos figuras: una regla internacional que impone limitaciones a las pretensiones estatales de desconocimiento de obligaciones convencionales, y un poder político frente al que no se puede oponer norma jurídica alguna. Finalmente, se compara al cambio fundamental de circunstancias con el ejercicio del poder constituyente originario del Ecuador en 2008, con el objetivo de establecer si bajo los estándares actuales del Derecho Internacional Público, el segundo puede cumplir con los requisitos del primero, tal como han sostenido algunos organismos ecuatorianos oficiales en relación con los tratados de protección de inversiones.

## Abstract

Fundamental change of circumstances is a treaty termination cause, which is based on the possibility that a treaty, which at the moment of its signing seemed especially necessary and just, may become in time useless, too burdensome and its application would be contrary to the parties shared expectations and would defeat their initial objectives. After a long period of unilateral invocations of the *rebus sic stantibus* clause, the fundamental change of circumstances exists today as a termination cause thoroughly delimited and regulated by International Public Law in order to restrict the unilateral invocations, but also to be a legal relief from cases in which a blind observance on the *pacta sunt servanda* principle would only lead to injustice. Constituent power is the sovereign faculty of a State to ordain and establish a Constitution for itself, thus changing the very fundament of its legal system; as a political power, it does not have any kind of positive law limitations, and because of the extent of the legal changes that it can produce, the exercise of the constituent power is truly a radical change for a State's legal system. This dissertation presents a study of both described figures: an international rule designed to limit the State's options for escaping treaty obligations, and a political power that knows no legal boundaries. Finally, the dissertation makes a comparison between fundamental change of circumstances and the Ecuadorian exercise of its constituent power on the year 2008, in order to establish if it is possible under International Public Law standards, that the latter can meet the requirements of the first, as some Ecuadorian officials have stated regarding bilateral investment treaties.

## Tabla de Contenidos

Introducción	5
Capítulo I	14
1. Cambio fundamental en las circunstancias y terminación de tratados: Perspectiva internacional y ecuatoriana	14
1.1.Tratados	14
1.1.1. Fundamento y concepto	14
1.1.2. Naturaleza jurídica internacional	15
1.1.3. Naturaleza de los instrumentos internacionales dentro del régimen interno	17
1.1.4. Vigencia de tratados en el régimen interno	18
1.2.Relación de los tratados con las normas internas en la teoría internacional	21
1.3.Terminación de tratados	24
1.3.1. Terminación de los tratados en el régimen internacional	25
1.3.2. Terminación en el régimen interno	26
1.4.Fenomenología del cambio fundamental en las circunstancias como forma de terminación de los tratados	27
1.4.1. Fundamento	27
1.4.2. <i>Rebus sic stantibus</i> : Corriente subjetiva	29
1.4.3. Cambio fundamental en las circunstancias: teoría objetiva	33
1.4.4. Cambio fundamental de las circunstancias en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969	36
1.4.4.1.Formulación	36
1.4.4.2.Exclusiones	41
1.4.4.3.Procedimiento	42
Capítulo II	45
2. El poder constituyente originario como cambio fundamental en la estructura jurídica del Estado	45
2.1.Constitución como fundamento del Estado	45
2.1.1. Desarrollo histórico y concepto (ideal, ontológico y formal)	45
2.1.2. Supremacía constitucional	48
2.2.Poder constituyente originario de simple organización	50
2.2.1. Antecedentes	50
2.2.2. Poder constituyente originario: fundacional y de simple organización	52
2.2.3. El poder constituyente en la doctrina	54
2.2.3.1.Teorías Monocráticas	54
2.2.3.1.1. Teoría Teocrática	54
2.2.3.1.2. Teoría Absolutista	55
2.2.3.2.Teorías del Sujeto Colectivo	56
2.2.3.2.1. Teoría Racional-Ideal	56
2.2.3.2.2. Teoría Fundacional-Revolucionaria	59
2.2.3.2.3. Teoría Normativista	60
2.2.3.2.4. Teoría Materialista	62
2.2.3.2.5. Teoría Existencial-Decisionista	63

2.2.4. Características del poder constituyente originario	68
2.2.4.1.Poder preconstituyente	72
2.2.4.2.Continuidad del Estado	73
2.2.5. Limitaciones del poder constituyente originario de simple organización	74
Capítulo III	79
3. El poder constituyente originario ecuatoriano en el año 2008 desde la teoría existencial-decisionista: ¿cambio de actitud estatal o cambio fundamental en las circunstancias?	79
3.1.Configuración del cambio fundamental de circunstancias en la práctica internacional	79
3.1.1. Casos históricos no judiciales	79
3.1.2. Casos ante la Corte Permanente de Justicia Internacional	85
3.1.3. Casos ante la Corte Internacional de Justicia	87
3.1.3.1.Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Islandia)	87
3.1.3.2.Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría contra Eslovaquia)	91
3.1.4. Caso A. Racke GMBH &Co. contra Hauptzollamt Mainz (C-162/96)	93
3.2.Los Tratados de Protección de Inversiones y la Constitución de 2008	97
3.2.1. Denuncia de tratados de protección de inversiones	97
3.2.1.1.Contexto de celebración de los TBI	99
3.2.1.2.Consecuencias de los TBI para el Ecuador	99
3.2.1.3.Cambios constitucionales de 2008	101
3.2.1.4.Oficio presidencial y pronunciamientos de la Corte	103
3.2.1.5.Informes de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral e Informe de CAITISA	106
3.3.Cambio de circunstancias y poder constituyente de 2008	108
3.3.1. Requisitos del cambio según el artículo 62 de la Convención de Viena	108
3.3.1.1.Cambio fundamental de circunstancias	108
3.3.1.2.Imprevisibilidad del cambio	127
3.3.1.3.Circunstancias previas fueron la base del consentimiento de una de las Partes	130
3.3.1.4.Cambio radical en el alcance de las obligaciones	135
3.3.2. Elementos adicionales al artículo 62	140
Capítulo IV	146
4. Conclusiones	146
Referencias	152

## Introducción

Los Estados existen como forma de organización suprema de la sociedad; dentro de tal marco, la sociedad puede organizarse como ella mejor lo considere (Jellynek, 1958, p.130). Desde hace aproximadamente dos siglos los pueblos, organizados bajo la forma de un Estado, han optado en su mayoría por establecer para sí mismos un ordenamiento jurídico fundamentado en un texto constitucional, cuya adopción en forma escrita goza de un “triunfo definitivo” (Löwenstein, 1970, p. 159). Así, los pueblos han ejercido y siguen ejerciendo cuando lo desean, este poder constituyente de determinar “la forma de Estado y la forma de Gobierno que han de conservar en el futuro” (Trujillo, 2006, p. 124).

Sin embargo, previamente, al organizarse el pueblo como Estado<sup>1</sup>, éste pasa a crear un sujeto de Derecho que se introduce en otro ordenamiento distinto, de carácter internacional, con otros Estados y organizaciones; en tal sentido, ese ordenamiento internacional “ordena las relaciones entre sociedades políticas” (Virally, 1998, p.123). Aquello conduce a que el Estado se relacione con otros sujetos internacionales, y esas relaciones pasan a regularse por los tratados. Todo lo anterior lleva a la conclusión inevitable de que, si bien el pueblo puede ejercer el poder constituyente para cambiar la base de su ordenamiento interno, al organizarse bajo la forma estatal pasa a ser parte de otro ordenamiento que no depende enteramente de su voluntad soberana, precisamente por la intervención de otros sujetos iguales en derechos y obligaciones, tal como lo establece el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas al hablar del “principio de la igualdad soberana”.

De lo anterior surge una cuestión problemática para nuestra sociedad cuando, al ejercer su poder constituyente originario de simple organización<sup>2</sup>, pretende extralimitar ese poder, y hacerlo llegar hasta el orden jurídico internacional, alterando sus normas propias en base a disposiciones nacionales internas. Aun así, parece que los legisladores ecuatorianos miembros de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral entre los años 2010 y 2011 encontraron el camino para franquear este obstáculo; una vía aparentemente apegada al Derecho Internacional, al afirmar que el poder constituyente originario es un cambio

---

<sup>1</sup> Jellynek (1958) define jurídicamente al Estado como “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio” (p. 135)

<sup>2</sup> Trujillo (2006) define a este poder como aquel cuyas “atribuciones no comprenden las de fundar el Estado, sino, tan solo la de organizarlo jurídicamente” (p. 125)

fundamental de circunstancias<sup>3</sup>, y que por lo tanto cualquier compromiso previo del Estado con otro de sus pares, que contradiga el nuevo texto constitucional, queda terminado, por producirse “el objetivo y evidente cambio cardinal de las circunstancias” (2010, p.6).

La cuestión que plantea esa afirmación central es de gran importancia, pues refleja la concepción de responsabilidad que, como cualquier otro sujeto de derecho, tenemos de nuestros propios actos. Al revisar el ejercicio legítimo del poder constituyente originario en la última década, nuestra sociedad debe ser capaz de reconocer que aquello fue producto de nuestra propia voluntad, y no un acontecimiento fuera del dominio del hombre (Oyarte, 1998, p.67); una vez consciente de ello, la sociedad ecuatoriana debe poder responderse si las consecuencias de sus actos le son imputables y por tanto debe asumirlas como tales, o si por el contrario, lo que haga una sociedad libre de forma consciente puede tener consecuencias favorables para el sentido de esos actos, pero de alguna manera, éstas pueden ser imprevisibles y ajenas a su voluntad, y por lo tanto no le son atribuibles.

El presente trabajo de investigación busca en última instancia ofrecer una respuesta respecto del tema planteado. Una vez reconocido el ejercicio del poder constituyente como un acto humano, lo que la disertación en cuestión intentará esclarecer es si aquel poder es capaz de terminar con los compromisos asumidos por el Estado, en tanto la Constitución surgida de él será un cambio elemental para las circunstancias en que el Estado se desenvuelve; aun cuando ese poder es un acto humano en tanto es libre, consciente y voluntario<sup>4</sup> (Oyarte, 1998, p.67).

El sentido de esta disertación es el de búsqueda de límites positivos internacionales al poder constituyente; una potestad cuyo ejercicio en el Ecuador es más que usual y los intentos de invocarla no son poco comunes, ni causan el revuelo que podrían causar en otras latitudes. En una sociedad tan propensa a reformar por completo las leyes que la rigen, debemos conocer hasta qué orillas llega esa facultad, y en dónde el ejercicio de ese

---

<sup>3</sup> La Corte Internacional de Justicia reconoce: “si un cambio fundamental de las circunstancias que terminaron a las partes celebrar un tratado, transforma radicalmente el alcance de las obligaciones impuestas por el tratado, la parte afectada por dicho cambio puede, bajo ciertas condiciones, alegar la terminación o suspensión del tratado (citada por Ramírez, 2007, p. 631).

<sup>4</sup> En su cátedra de Derecho Penal, Arturo Donoso (2016) menciona que “todo acto humano implica consciencia y voluntad por parte de quien lo ejecuta”.

poder empieza o no a representar un desconocimiento de la igualdad jurídica entre Estados, surgida del establecimiento de relaciones mutuas.

El aporte teórico de la presente disertación reside en la hipótesis, planteada por los legisladores ecuatorianos, de que el cambio constitucional es un cambio que puede afectar directamente a la vigencia de los tratados; este problema no ha surgido de la doctrina, sino desde la práctica política parlamentaria ecuatoriana, específicamente de la Comisión Permanente de Asuntos Internacionales de la Asamblea Nacional.

Desde la práctica jurídica, es innegable el reconocimiento de una nueva Constitución como un cambio de la mayor relevancia para un ordenamiento jurídico nacional, e incluso se reconoce también que pueda ello tener repercusiones internacionales. El error en este campo se halla en no verificar si lo que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y la doctrina definen como cláusula *rebus sic stantibus* se aplica también a cambios fundamentales para un Estado (como lo es la vigencia de una nueva Constitución), pero que no por ello dejan de ser cambios humanos efectuados voluntariamente, y con pleno conocimiento de sus consecuencias, como lo sería la redacción y promulgación de un nuevo texto constitucional. En definitiva, en un Estado como el Ecuador tan propenso a los cambios constitucionales, existe la necesidad de contar con los fundamentos teóricos para conocer las limitaciones que tiene la sociedad al momento de darse a sí misma una nueva Norma Fundamental.

Salvo ciertos límites implícitos<sup>5</sup>, el ejercicio del poder constituyente puede generar un cambio radical en el régimen legal de un Estado, en tanto “puede trazar sin cortapisas, aunque dentro de su peculiar esfera, el cuadro de sus instituciones fundamentales, empezando por la decisión capital sobre el modo y forma de su existencia” (Pérez Serrano, citado por Borja, 1971, p. 228); y ese cambio puede llevar a los agentes estatales a denunciar los tratados contrarios a él. No obstante, la cuestión no es esa, sino si ese cambio va más allá del derecho a sustraerse legalmente de los efectos de un tratado y se convierte en una circunstancia que, por la especial naturaleza de los cambios que produce, otorga el derecho no a denunciar sino a tener por terminados los instrumentos internacionales contrarios a la nueva Constitución.

---

<sup>5</sup> Según Rafael Oyarte (1998) el poder constituyente debe respetar ciertos elementos que son parte del *telos* del constitucionalismo y son en sí mismos límites implícitos del ejercicio de ese poder. Entre estos elementos están la soberanía popular, el respeto a los derechos, la separación de poderes y la dignidad humana.

De conformidad con la Constitución vigente (art. 425) y con la Constitución de 1998 (art. 163), los tratados tienen una naturaleza supra legal; no obstante, la Constitución de 2008 expresamente dispone que los tratados internacionales son de índole infra constitucional en su artículo 425. En el régimen interno la supremacía constitucional no genera mayor conflicto. Sin embargo, es en el ámbito internacional donde surgen complicaciones con el poder constituyente y la supremacía constitucional, principalmente debido a que, si bien el Estado se reforma jurídicamente de manera total, éste debe continuar con el cumplimiento de sus obligaciones como sujeto de Derecho Internacional de buena fe. Además, no podría alegar que una disposición constitucional le obliga a incumplir sus obligaciones, en virtud de que la Constitución sigue siendo una norma de derecho estatal, aplicable dentro un determinado territorio y para un Estado específico (Löwenstein, 1970).

Luego de un desarrollo histórico en que la cláusula *rebus sic stantibus* fue alegada unilateralmente por los Estados, actualmente en su propio articulado la Convención de Viena establece las condiciones en que se puede invocar este cambio de circunstancias para declarar un tratado como terminado (Abello, 2006, p.221). La cuestión problemática y objeto de análisis en la presente disertación es si el poder constituyente originario cumple efectivamente con dichas condiciones y puede ser tenido como un cambio fundamental en las circunstancias.

Cuando se habla de terminación de instrumentos internacionales, se habla del final de los mismos, del cese de su existencia como instrumentos jurídicos vigentes; así lo corrobora la Convención de Viena, que reconoce a la terminación el efecto de “eximir a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado” (art. 69).

Ahora bien, dicha Convención establece al principio *rebus sic stantibus* como causa de terminación de los acuerdos internacionales. Siguiendo el orden de ideas planteado, respecto al poder constituyente y su circunscripción a un ámbito estatal; a la Constitución de 2008 y los cambios que trajo para el ordenamiento ecuatoriano; a la limitación que el Derecho Internacional supone para los ordenamientos internos; y cambio fundamental de circunstancias como factor excepcional que puede causar la terminación de un tratado, se puede decir que existen distintos elementos a tratarse, la relación entre los cuales ha generado sendas discusiones, como se verá a lo largo de este trabajo.

Ante este panorama, no resulta absurdo pensar que una investigación respecto de las repercusiones a nivel internacional que una nueva Constitución puede tener,

específicamente como una manifestación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es de utilidad, principalmente para conocer cuál es el rango de acción que tienen los agentes estatales en el ámbito internacional, siempre con apego al Derecho Internacional.

Naturalmente, la presente disertación busca alcanzar determinados objetivos, con la finalidad de poder realizar un aporte no sólo teórico sino práctico, en la medida de lo posible. Así, el objetivo general es comparar el cambio fundamental de circunstancias recogido en el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969 con el poder constituyente originario de simple organización de 2008, entendido como acto de la República del Ecuador, con el fin de determinar si el ejercicio de este último reúne los requisitos exigidos por el primero para permitir la terminación de instrumentos internacionales.

En cuanto a los objetivos específicos, éstos son dos. En primer lugar, sintetizar los enfoques teóricos de la cláusula *rebus sic stantibus* y el poder constituyente originario, y su aplicación práctica en la realidad contemporánea. Y, en segundo lugar, descomponer los elementos de cambio jurídico-institucional fundamentales derivados del ejercicio del poder constituyente originario de simple organización del año 2008 en el Ecuador respecto del régimen constitucional previo, para luego descomponer los elementos que constituyen al cambio fundamental de circunstancias de acuerdo con la legislación y jurisprudencia internacional del último siglo, con el fin de contrastarlos individualmente.

Con miras a alcanzar dichos objetivos, el presente trabajo de disertación se desarrolla bajo la metodología expuesta a continuación.

El punto central de la investigación en cuestión es el confrontar dos instituciones jurídicas, específicamente la cláusula *rebus sic stantibus* con el poder constituyente, por lo cual necesariamente el primer paso metodológico será el estudio particular de tales instituciones por separado, en tanto sería un ejercicio inútil compararlas sin antes tener claros la naturaleza y componentes de los objetos que se someten a comparación.

Al tratarse de dos instituciones, el primer paso de levantamiento de información se dividirá en dos partes, las cuales se corresponden con los dos primeros capítulos. La primera institución por analizarse es la de la cláusula *rebus sic stantibus* como fenómeno en los tratados internacionales: dado que el cambio fundamental de las circunstancias es una forma de terminación de los instrumentos internacionales<sup>6</sup>, conviene en primer lugar

---

<sup>6</sup> Art. 62 Convención de Viena: Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que (...)

referirse brevemente a esas normas entre Estados, su naturaleza, vigencia y a la terminación de los mismos, desde el derecho positivo y la doctrina. En virtud de que tales cuestiones se recogen en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el método de interpretación jurídica predominante será el exegético, pues en materia de instrumentos internacionales tal norma es la base de todos ellos.

Una vez que se tenga clara la cuestión de los tratados y su terminación, se puede proceder a analizar el principio *rebus sic stantibus*. La situación de la institución antes de la Convención de Viena no es clara, pues no existía una regla de derecho que regulase su aplicación y además se trata de una situación propia del siglo pasado y el siglo XIX (Ortega, J., Fernández, A., Forcada, I. & Sánchez, A., 2011); por tal razón, el método jurídico que prima en esta parte es el de la libre investigación, ya que el único acercamiento posible al cambio fundamental de circunstancias antes de la Convención de Viena es desde la doctrina, a falta de legislación o jurisprudencia.

Después se continúa con lo más importante que viene a ser el estudio del artículo 62 de la Convención de Viena. Al tratarse de un artículo extenso y descriptivo, en el cual se mencionan cuáles son los elementos que debe reunir un cambio en las circunstancias para que pueda ser tenido como medio de terminación de tratados, el método que prima aquí es el descriptivo; y en cuanto al método de interpretación del derecho a utilizar, éste será el exegético, pues como se mencionó, es la propia norma la que describe a la institución y sus presupuestos de existencia. El fin último de toda esa actividad es establecer lo que el derecho positivo define como elementos que constituyen un cambio fundamental en las circunstancias de aplicación de un tratado internacional.

Con la conceptualización y descripción del principio *rebus sic stantibus* realizada, se da paso a la segunda parte del primer paso de levantamiento de información de instituciones, que es el análisis del poder constituyente originario a nivel teórico.

Como el ejercicio del poder constituyente originario “consiste en establecer una Constitución” (Oyarte, 1998, p. 65), conviene brevemente referirse a la naturaleza de tal norma y sus rasgos distintivos, apoyándome en el método sintético para poder establecer lo que la doctrina define como una constitución y sus principales implicaciones dentro de un ordenamiento jurídico, específicamente la noción de supremacía constitucional.

Salvo la situación jurídica de la Constitución dentro del ordenamiento interno del Ecuador, los aspectos mencionados no se hallan en las normas, sino que son planteados

y establecidos por la doctrina, en “las diversas clasificaciones que han propuesto los tratadistas sobre las Constituciones” (Borja, 1971, p.236), por lo que el método exegético queda descartado, y se tendrá que acudir al método de la libre interpretación.

Establecida la naturaleza de la Constitución, se procede a analizar el poder constituyente originario desde la doctrina. Como el poder constituyente originario es un poder eminentemente político (Oyarte, 2014), su conceptualización no puede ser encontrada en normas (lo que vuelve a descartar para esta parte el método exegético), lo que obliga a estudiarlo desde la doctrina y los distintos planteamientos que han existido al respecto. Para tal estudio de las diferentes teorías, se deberá utilizar el método de síntesis, para reducir a unos cuantos párrafos las distintas líneas de pensamiento cuyo origen se remonta a antes de la Revolución Francesa (Naranjo, 2006). El método de síntesis es el adecuado para el análisis de cada una de las teorías sobre poder constituyente porque implica un proceso de agrupación; es decir, respecto de dichas teorías, gracias a la aplicación de este método, se obtendrá “el conocimiento del todo...con el nombre de síntesis se designa también el resultado de dicha actividad” (Rodríguez, 2006, p.26).

Dado que el objetivo de esta parte de la investigación es establecer cada una de las distintas teorías del poder constituyente presentando sus principales postulados, el método sintáctico debe ser preferido sobre otros métodos, en tanto por ejemplo, al método sistemático se recurre para “elaborar sistemas coherentes” (Rodríguez, 2006, p.30) lo cual no es útil puesto que las diferencias entre las teorías del poder constituyente originario vuelven imposible la tarea de conjugarlas en una sola teoría general sistematizada y coherente. El fin de esta actividad es encontrar una teoría que conciba al poder constituyente como un acto propio del Estado, puesto que tal presupuesto es necesario para el análisis comparativo que se realiza en el tercer capítulo y que constituye el punto central de esta investigación.

Luego de haber estudiado las teorías y haber encontrado una desde la cual tenga sentido sostener que el poder constituyente originario es un acto del Estado, la siguiente actividad es determinar las características del poder constituyente originario de simple organización. Existe un acuerdo general entre los juristas relativo a las características principales del poder constituyente originario, por lo que el método para establecerlas será el descriptivo, en tanto éste “se utiliza con el propósito de señalar las características del fenómeno que se estudia” (Rodríguez, 2006, p.30). Esta parte de la investigación

finaliza con un análisis enfocado en la relación entre el poder constituyente y el Derecho Internacional.

Realizado el levantamiento de información y establecidos los aspectos principales tanto de la cláusula *rebus sic stantibus* como del poder constituyente originario en el Ecuador y seleccionada la teoría desde la que se lo abordará, el siguiente y segundo paso en el presente trabajo de investigación es el procesamiento de esos datos.

La primera actividad en este paso es fijar lo que los Estados han considerado como cambios fundamentales en las circunstancias dentro de la práctica internacional. Para ello se hará un breve repaso a los casos en que los sujetos internacionales han alegado la cláusula *rebus sic stantibus*; esto se corresponde con el método histórico ya que éste “permite plantear el desarrollo temporal de los fenómenos estudiados” (Rodríguez, 2006, p.30).

La siguiente actividad en este segundo paso es llevar a cabo un estudio de caso, inspeccionando los casos de “Pesquerías de Islandia”, “Asunto Gabcikovo-Nagymaros” y “Racke GmbH”, los dos primeros de la Corte Internacional de Justicia y el último del Tribunal Europeo de Justicia. Para conocer cómo funciona el cambio fundamental de circunstancias, es necesario hacer un análisis dinámico de su aplicación práctica en la historia contemporánea, que resalte qué elementos han considerado los tribunales como importantes al momento de tratar dicha institución; es así como el método a emplear será el analítico, sobre una interpretación jurisprudencial. La razón por la que estos tres casos son escogidos es porque desde la vigencia de la Convención de Viena, aquellos han sido los únicos casos en que un tribunal internacional se ha pronunciado sobre la institución del *rebus sic stantibus* (Abello, 2006, p.222). El fin de esta actividad es complementar la información sobre el cambio fundamental de circunstancias obtenida en el primer paso, para poder contar finalmente con los elementos que se usarán en la comparación con el poder constituyente originario.

Una siguiente actividad en el segundo paso es el estudio del ejercicio del poder constituyente originario del año 2008 y su relación con el consecuente proceso de denuncia de los cinco TBI suscritos por el Ecuador con Suecia, Francia, Alemania, Inglaterra y Finlandia. Estos casos se escogieron según el criterio de que, de todos los tratados denunciados en una década desde la vigencia de la Constitución de 2008, éstos fueron los únicos respecto de los cuales la Asamblea Nacional alegó que podían tenerse por terminados, en virtud de que la nueva Constitución vigente habría traído una serie de

modificaciones tan radicales al régimen económico y jurídico, que se habrían reunido todas las condiciones necesarias de un cambio fundamental de circunstancias dentro de los parámetros de la Convención de Viena de 1969.

La afirmación expuesta líneas arriba la sostuvo la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional en sus informes al Pleno emitidos entre el 9 de agosto de 2010 y el 14 de febrero de 2011. Gracias a este estudio de caso, podrá conocerse los parámetros que la Asamblea Nacional utilizó para comprobar la existencia de un cambio fundamental en las circunstancias, una tesis que fue recogida y ampliada por la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones según su Informe Ejecutivo de 2017.

Finalmente, luego del procesamiento de la información obtenida en la presente investigación, viene el tercer y último paso metodológico, que es el análisis de la información. Es en este paso final que se dará respuesta a la pregunta de investigación, pues aquí, a través del método comparativo, se contrastará la institución del cambio fundamental de circunstancias con el poder constituyente originario. Para realizar esta comparación, se enfrentarán los elementos que el cambio fundamental de circunstancias requiere para su configuración, con los elementos del ejercicio del poder constituyente originario de 2008, específicamente aquellos que empujan a la Asamblea Nacional a sostener que los tratados de protección de inversiones podían tenerse por terminados. Como se señaló anteriormente, las circunstancias que puedan constituir un cambio fundamental de circunstancias dependerán de cada caso concreto (Abello, 2006); es así como el método de interpretación jurídica que se empleará en ese paso final es el de la libre investigación, dado que los elementos que el poder constituyente originario pueda tener que configuren un cambio fundamental en las circunstancias no se encuentran en la norma positiva, sino en esas circunstancias en sí, por lo que una interpretación gramatical pierde utilidad en esta parte. El fin de esta actividad es descubrir si el poder constituyente originario de simple organización del año 2008 cumple con los requisitos exigidos por la Convención de Viena en su artículo 62 como para poder utilizarlo como causal de terminación de los tratados de protección de inversiones.

La presente disertación finaliza con la presentación de las conclusiones derivadas del trabajo de investigación.

## Capítulo I

### 1. Cambio fundamental en las circunstancias y terminación de tratados: Perspectiva internacional y ecuatoriana

#### 1.1. Tratados

##### 1.1.1. Fundamento y concepto

La vida humana es inconcebible fuera de una comunidad y es por ello que las personas vivimos en constante interacción. Como sujetos, nos vinculamos entre nosotros constantemente, sobre todo mediante contratos, “reflejando así la intención de crear mutuas y recíprocas obligaciones”<sup>7</sup> (Haljan, 2013, p.88); las personas colectivas lo hacen a su vez a través de su representante legal; en definitiva, asiduamente llegamos a acuerdos entre individuos, tanto para regir nuestra conducta como para regir la de los demás y así crear expectativas mutuas de comportamiento, puesto que “la convivencia humana exige determinados límites en la conducta de quienes conforman la comunidad, desde este punto de vista el Derecho responde a una necesidad de convivencia” (Salgado Pesántez, 2010, p.25). Tal realidad es similar entre los sujetos de derecho internacional, que responden en cuanto a su comportamiento a la naturaleza humana, debido a que el Estado “es una unidad de asociación formada por hombres” (Jellinek, 1958, p.133). Así como entre las personas, en el orden supranacional se verifica “la necesidad apremiante de que cada Estado ha de convivir con los demás” (Sorensen, 2008, p.74). Todas estas ideas expresadas están recogidas por Sierra: “los Estados no pueden vivir en el aislamiento. Se ven obligados a mantenerse en constante comunicación para mejorar sus intereses comunes y arreglar sus divergencias, ya sean de orden moral, jurídico o material” (1959, p.353). Al igual que las personas, los Estados y organizaciones internacionales se relacionan principalmente a través de acuerdos y contratos, cuyo nombre genérico es tratados y cumplen su misma función, que según Sorensen (2008) es constituir “la fuente específica de una obligación de derecho internacional contraída voluntariamente por una persona internacional a favor de otro u otras, y que da origen, a su vez, a derechos recíprocos para ella o ellas” (p. 201).

Cabe una puntualización, y es que los Estados no son los únicos sujetos de Derecho Internacional, puesto que también lo son las organizaciones internacionales; ambos sujetos gozan de *ius contraendi*, aunque solo el del Estado es irrestricto en cuanto a las

---

<sup>7</sup> Original en inglés. Traducción propia

materias que puede abordar (Salvador Crespo, 2016). Por ejemplo, el autor clásico Oppenheim, al hablar de la Liga de las Naciones sostuvo que ésta era una “persona internacional *sui generis*” (citado por Sorensen, 2008, p.267). En similar sentido, aunque más específica, la Corte Internacional de Justicia en 1949 dijo de la ONU que ésta era “un sujeto de derecho internacional, capaz de poseer derechos y deberes internacionales” (Sorensen, 2008, p.268). En atención a lo expuesto, al referirse a entes capaces de celebrar tratados, es más preciso utilizar el término más amplio de “sujetos”.

Conocido el fundamento de los tratados, conviene saber lo que el Derecho Internacional ha establecido como tratado; la Comisión de Derecho Internacional de la ONU ya se ha ocupado de tal concepto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>8</sup> (1969), y define al mismo como un “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (p.2).

Abordado el asunto de lo que los tratados son, conviene revisar su papel como fuente formal de derecho en el orden internacional.

#### 1.1.2. Naturaleza jurídica internacional

El autor Salgado Pesántez (2010) menciona que “en los sistemas jurídicos modernos de Derecho escrito, que son la mayoría, la legislación es la primera de las fuentes formales” (p.11). No obstante, lo dicho por el autor ecuatoriano hace alusión al Derecho interno de los Estados, puesto que la situación en el Derecho Internacional es muy diferente, considerando “la inexistencia de un poder legislativo institucionalizado en la Comunidad internacional” (Diez de Velasco, 2003, p.144). La falta de legislación requiere una fuente de reemplazo, la cual viene a ser la voluntad de los sujetos internacionales para alcanzar acuerdos entre sí, es decir, celebrar contratos, que básicamente se constituyen por el concurso de voluntades de dos o más partes. Como bien lo señala Conde y Luque (2015)

A falta de ley, toda vez que no se puede legislar en la sociedad internacional de los Estados, el contrato viene a suplir a aquella porque en éste las partes son legisladoras con tal que se ajusten a las condiciones esenciales de todo contrato (p.61).

Así, los Estados celebran tratados que son de obligatorio cumplimiento para sí, tal como lo reconoce el principio de *pacta sunt servanda*, recogido en el artículo 26 de la

---

<sup>8</sup> Este instrumento internacional fue ratificado por el Estado ecuatoriano en el día 18 de julio de 2003 mediante Decreto Ejecutivo No. 619, publicado en el Registro Oficial 134 de 28 de julio de 2003

Convención de Viena de la siguiente forma: “Artículo 26. Pacta Sunt Servanda: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (Convención, 1969). A su vez, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia plantea que las convenciones internacionales establecen “reglas expresamente reconocidas por los Estados” (Estatuto, 1945).

Queda claro que los tratados son las normas jurídicas más comunes dentro del Derecho Internacional y su importancia no pasa desapercibida, ya que desde la doctrina se sostiene que “los tratados son el mayor instrumento legal que gobierna las relaciones interestatales y una herramienta indispensable para la diplomacia: desde 1945, aproximadamente 54.000 tratados han sido registrados en las Naciones Unidas”<sup>9</sup> (Binder, 2010, p.793)<sup>10</sup>.

No deja de ser interesante el hecho de que “esa sustitución del tratado internacional por la ley es imperfecta porque si una de las partes (que en este caso es un Estado) no quiere cumplir lo pactado, no se le puede obligar jurídicamente, sino por medio de las armas” (Conde y Luque, 2015, p.61). Esto último coincide con la concepción de que

no se trata tanto de que el DI no sea coercible sino de que, en principio, sólo lo sea a partir de la apreciación subjetiva, oportunista y discriminatoria de quienes en cada caso se encuentran en una posición de superioridad (Remiro Brotóns, 2007, p.49).

En este sentido, la crítica sobre la débil coercibilidad de los tratados por medios pacíficos es la misma que se realiza sobre el Derecho Internacional en general. Como apuntan Pearson & Rochester (2000), hay quien afirma que “gran parte del derecho internacional es una charada en la cual los Estados escogen y aceptan obedecer aquellas normas que en un momento dado coinciden casualmente con sus intereses” (p.302). Esa opinión surge del carácter eminentemente voluntario del Derecho Internacional, cuyas principales normas dependen en efecto de que los sujetos a quienes están dirigidas acepten acatarlas y someterse a ellas, asemejándose más a un contrato que a una ley, como se dijo líneas arriba.

No obstante, Pearson & Rochester señalan que ese carácter voluntario del Derecho Internacional (y de los tratados) no menoscaba su obligatoriedad y observancia, al contrario, en tanto

---

<sup>9</sup> En la página web oficial de la base de datos UN Treaty Collection, se encuentran registrados más de 250.000 tratados

<sup>10</sup> Original en inglés. Traducción propia

aun cuando los hábitos de acatamiento no están muy bien desarrollados en el sistema jurídico internacional, el interés mutuo de los Estados por tener un conjunto de normas que prescriben y prohíben ciertos patrones de conducta, proporciona una base para el orden legal internacional (2000, p.309).

Los mismos autores, para abundar en el tema, plantean que

lo que es más sorprendente respecto al sistema jurídico internacional, no es tanto con qué frecuencia se viola la ley, sino más bien qué tan frecuentemente se obedece no obstante la falta de una “policía de tráfico” que proporcione una amenaza coercitiva de castigo centralizada contra los que la violan (2000, p.308).

Esta observancia espontánea es para Remiro Brotóns lógica, porque “siendo el consentimiento del destinatario fundamento de sus obligaciones ha de suponerse que la regla consentida responde a sus intereses” (2007, p.50). En definitiva, es justo decir que, si bien los tratados no tienen las mismas características que la legislación como fuente en el derecho interno, ello no obsta que sean una fuente de Derecho, la más productiva en el plano internacional en cuanto a la cantidad de normas que genera.

### 1.1.3. Naturaleza de los instrumentos internacionales dentro del régimen interno

De conformidad con la Constitución vigente (art. 425)<sup>11</sup> y con la Constitución de 1998 (art. 163)<sup>12</sup>, los tratados tienen una naturaleza supra legal; no obstante, la Constitución de 2008 expresamente dispone que los tratados internacionales son de índole infra constitucional en su artículo 425.

El hecho de que la Constitución caracterice a los tratados como infra constitucionales no es cuestión superflua, porque como consecuencia de esta determinación se activa un proceso de control sobre los tratados ejercido por la Corte Constitucional, que es el control de constitucionalidad *ex ante* de los instrumentos internacionales. La necesidad de que un tribunal verifique la constitucionalidad de un tratado, según la Corte, se halla en que esa sería su “principal fuente de legitimidad...las temáticas abordadas dentro de un instrumento internacional tienden a contener derechos que les asisten a los particulares

---

<sup>11</sup> Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

<sup>12</sup> Artículo 163.- Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

de un Estado suscriptor” (2016, 002-16-DTI-CC, p.10). Es decir, la jerarquización dispuesta por el artículo 425 de la Constitución vuelve imperativo que los tratados internacionales guarden conformidad con el texto constitucional ecuatoriano, con la finalidad “de una eventual prevención de inconstitucionalidad” (Oyarte, 2014, p.684); esto último responde a que, en palabras de Larrea Holguín (2003)

es obvio que la negociación, suscripción, ratificación y entrada en vigencia, tienen que seguir las normas constitucionales, pues de otro modo serían formalmente inconstitucionales. Por otra parte, lo mismo que las leyes internas, deben guardar conformidad con las disposiciones materiales de la Carta Política, no oponerse a ellas, pues si se produjere esa anomalía serían materialmente inconstitucionales (p.243).

#### 1.1.4. Vigencia de tratados en el régimen interno

El proceso que conduce a la plena vigencia de los tratados como normas jurídicas inicia en la fase de elaboración del texto del instrumento, cuyo procedimiento se rige sobre todo por el Derecho Internacional Público. Este es principalmente un momento de negociación, en la que los representantes de los Estados discuten sobre los acuerdos a los que pretenden alcanzar, adoptan un texto y finalmente suscriben el tratado<sup>13</sup>.

En segundo lugar, sigue la etapa de construcción y manifestación del consentimiento por parte del Estado, recogida en un procedimiento regido fundamentalmente por el Derecho interno del Estado. En el caso de la República del Ecuador, el presidente de la República es la autoridad competente para suscribir los tratados según el artículo 147 de la Constitución. Una vez suscrito el instrumento, el presidente debe enviar el texto del tratado a la Corte Constitucional, tal como lo exigen la Constitución (art. 438) y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>14</sup> (arts. 109-111).

La Corte Constitucional debe realizar dos ejercicios de control sobre el tratado; en el primero la Corte examina y determina si por su objeto y materia, el tratado incurre en alguno de los ocho supuestos previstos en el artículo 419 de la Constitución<sup>15</sup>, en cuyo

---

<sup>13</sup> En términos generales, esta fase se encuentra regulada por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre sus artículos 6 y 17

<sup>14</sup> En adelante, esta ley será referida como LOGJCC

<sup>15</sup> Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites
2. Establezcan alianzas políticas o militares
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley

caso el tratado requerirá aprobación legislativa previa a su ratificación. La Corte justifica esta participación de la Asamblea Nacional en el *iter pacti*, en tanto

simboliza la voluntad popular expresada mediante sus representantes...por tal razón actuando a nombre y en representación de sus mandantes, los legisladores deben aprobar de manera previa la ratificación o denuncia de los tratados internacionales, ya que de ese pronunciamiento depende que el Ecuador participe o no de un compromiso internacional (2016, 002-16-DTI-CC, pp.11-12).

En el segundo control, los magistrados de la Corte establecen si el contenido del tratado es o no contrario a las disposiciones constitucionales (Art. 108 LOGJCC), y si se cumplió con las reglas procedimentales para la celebración del instrumento.

Si los jueces dictaminan que el tratado no está inmerso en ninguno de los casos del artículo 419 de la Constitución, no se realiza ningún control de fondo de su constitucionalidad, sino que simplemente el instrumento regresa al Presidente de la República para que él lo ratifique si así lo dispone, y concluye el proceso interno. Por el contrario, si los magistrados resuelven que el tratado es de aquellos previstos en el mencionado artículo 419, ellos procederán a “señalar si el instrumento es conforme o no con el texto de la Constitución. En el primer evento la Asamblea Nacional procederá a aprobarlo o improbarlo” (Oyarte, 2014, p.688). Bajo el supuesto de que la Asamblea apruebe el instrumento internacional, será facultad del Jefe de Estado ratificarlo o no. La ratificación por parte de la Función Ejecutiva es el acto que marca el fin de la fase interna del proceso de vigencia de los tratados; a partir de ella, se estará a lo dispuesto por el mismo instrumento o por las reglas generales de la Convención de Viena para su plena entrada en vigor (Salvador Crespo, 2016).

Conocido a breves rasgos el procedimiento de vigencia, es necesario formular unas puntualizaciones respecto al carácter vinculante de los pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como de la Asamblea Nacional. El dictamen de la Corte relativo a la constitucionalidad o no del tratado no es absolutamente vinculante; si los jueces se

- 
4. Se refieran a los derechos y garantías constitucionales
  5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales
  6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio
  7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional
  8. Comprometan el patrimonio natural, la biodiversidad y su patrimonio genético

pronuncian de manera favorable sobre el tratado, ni el Ejecutivo ni el Legislativo están obligados a ratificarlo o aprobarlo respectivamente, debido a que

la verificación que debe hacer la Corte se limita a la constitucionalidad o no del tratado, no a su oportunidad o conveniencia. Ese juicio ya hizo el jefe de Estado al suscribir el tratado, y lo hará la Asamblea cuando deba aprobarlo (Pérez, 2009, p.134).

Solo cuando los magistrados han calificado como inconstitucional al instrumento, el Legislativo no podrá aprobarlo o el Ejecutivo ratificarlo.

En cuanto a la resolución aprobatoria del Pleno de la Asamblea, la situación es similar. En primer lugar, el presidente de la República ni siquiera está obligado a solicitar la aprobación de un tratado que acaba de suscribir.

Bien puede suceder, por ejemplo, que el jefe Estado, por razones de oportunidad o inclusive de política exterior, resuelva postergar la aprobación de un tratado. Es una decisión que cae en el ámbito de la discrecionalidad que goza el Ejecutivo en esta materia (Pérez, 2009, p.133).

Ahora bien, en el supuesto de que la Corte Constitucional emita un dictamen favorable y de que el jefe de Estado solicite al Legislativo su aprobación, aún así la Asamblea Nacional puede pronunciarse discrecionalmente sobre el instrumento internacional. Al respecto, el autor Pérez (2009) apunta que “ésta puede encontrar razones de orden político para improbar el tratado, siendo su decisión definitiva. Es una instancia en la que la Asamblea ejerce un control político sobre el jefe del Estado” (p.135).

Como ha quedado señalado, si los legisladores no aprueban el acuerdo internacional, el Jefe de Estado no puede insistir en la aprobación del instrumento. Por otro lado, está el escenario en que tanto la Corte como la Asamblea se pronuncian a favor del tratado; pero en este caso se presenta una curiosa posibilidad: ¿Está obligado el jefe de Estado a ratificar el tratado que ya cuenta con el beneplácito de la Corte y la Asamblea, es decir que superó el control tanto jurídico como político? Para Pérez (2009) la respuesta a esa pregunta necesariamente es afirmativa, y la fundamenta en que “si la legislatura ha expresado su consentimiento a favor de obligar al Estado por un tratado es porque ha encontrado que dicho tratado favorece los intereses nacionales” (139). Por mi parte, discrepo con el referido autor por tres razones. La primera es que la ley no contempla un plazo perentorio para que el jefe de Estado ratifique el tratado, ni se establece que hacerlo

es obligatorio, por lo que no se puede hablar de un plazo razonable para hacerlo, ni de que la demora o aplazamiento en ello constituya un incumplimiento legal.

La segunda razón es que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla ningún mecanismo coercitivo por el cual el Legislativo pueda obligar al Ejecutivo a la ratificación del instrumento internacional. Resulta interesante también analizar la siguiente afirmación de Pérez sobre la aprobación legislativa:

En nuestro sistema, como en el de muchas naciones, dicho acto de aprobación no constituye una ley. La fuente normativa del tratado no es el órgano legislativo de cada Estado, pues las normas del tratado ya han sido producidas en el plano internacional y lo que toca hacer ahora es habilitar su incorporación en el plano interno, la misma que tendrá lugar al momento de la ratificación. La Asamblea no ejerce entonces una función legislativa en este caso sino política (2009, p.136).

Basado en el mismo criterio, puede decirse que la no-ratificación por parte del jefe de Estado no comporta incumplimiento a norma alguna, y como tal no puede ser reclamada mediante la garantía jurisdiccional de acción por incumplimiento prevista en el artículo 93 de la Constitución. Esto último sólo recalca la inexigibilidad de la ratificación luego del pronunciamiento del poder legislativo.

Finalmente, mi tercera razón de discrepancia reside en que es competencia presidencial la dirección de las relaciones internacionales del Ecuador, como lo dispone el artículo 147.10 de la Constitución. Es él quien tiene la última palabra a la hora de ratificar tratados; si la Asamblea pudiese obligarle a ratificar tratados que ella ha aprobado, entonces no tendría sentido afirmar que el jefe de Estado dirige las relaciones internacionales, pues esa obediencia sería contraria a la dirección.

## 1.2. Relación de los tratados con las normas internas en la teoría internacional

Una vez definida la naturaleza de los tratados como normas de Derecho Internacional, conviene analizar el vínculo que existe entre dichas normas y las normas de derecho interno de cada Estado; esto es así ya que, si se parte de la teoría del Desdoblamiento Funcional planteada por Scelle, el Estado es el creador de su Derecho Interno, pero también es en parte creador, sujeto y destinatario de las normas internacionales (González, Sánchez & Sáenz de Santa María, 2003, p.273). Ante este panorama, la doctrina ha ofrecido dos teorías opuestas: dualismo y monismo.

El dualismo fue la concepción dominante hasta mediados del siglo XX, y desde él se manifiesta que el Derecho interno y el Derecho Internacional son, en palabras de Virally (1998) “órdenes separados, rigurosamente encerrados en sí mismos, entre los cuales es inconcebible ningún tipo de relación” (p.121).

Dicha afirmación tiene dos fundamentos principales. Según Gonzales et al (2003), los órdenes no comparten las mismas fuentes, en vista de que las normas internas surgen de la voluntad unívoca del Estado, mientras que las internacionales nacen de la conjunción de voluntades de los Estados. Por otro lado, la materia de cada uno es diferente y específica en sí misma; así, el ordenamiento interno se encarga de las relaciones entre el Estado y los individuos particulares sometidos a su imperio, en tanto el ordenamiento internacional regula los nexos entre Estados en sí como sujetos de Derecho.

Abrazar el dualismo tiene una consecuencia significativa y es que, mediante la diferenciación absoluta entre ordenamientos, desaparece la aplicabilidad de la norma internacional en el orden interno, dado que “los destinatarios de tal norma son los Estados y éstos deben darle aplicación en sus relaciones mutuas; mientras que, en el orden interno, los órganos estatales deben dar aplicación a la norma emanada de su legislador” (Gonzales et al, 2003, pp.272-273). Frente a ello, para que la norma internacional pueda ser aplicada, tiene que ser adaptada al ordenamiento interno mediante un acto legislativo propio del Estado. Lo mencionado genera un efecto nefasto para la normativa internacional, pues la reduce

a un papel meramente declarativo, afirmando que ella no es capaz de producir ningún efecto y que puede cobrar efectividad tan sólo a través de una ley, que el respectivo Estado puede no dictar, sin exponerse a ninguna clase de sanciones (Moya, 2010, p.32).

El fin de la Segunda Guerra Mundial marcó el inicio de una etapa en la que las relaciones internacionales comienzan a expandirse, y se sientan las primeras bases de lo que vendría a ser en el futuro un mundo globalizado. Este aumento del tráfico de las relaciones entre Estados ocasionó que desde la teoría se replantee la concepción dualista, vinculada al nacionalismo, tomando en cuenta los vínculos cada vez más diversos y estables que surgían entre los sujetos internacionales, y de esto surge el monismo, más acorde a una comunidad internacional vinculada y “cosmopolita” (Moya, 2010, p.32), en la que, desde

la teoría de la interdependencia compleja, las relaciones interestatales se basen “en la cooperación e intercambio...no desde la fuerza” (Sierra Prieto, 2011, p.199).

Para los monistas, como Kelsen, el Derecho interno e internacional “son tan sólo aspectos de un mismo fenómeno jurídico” (Gonzales et al, 2003, p.272), es decir, que existe un orden único, que las normas internacionales y las nacionales tienen sus particularidades y diferencias, pero que no cabe concebirlas aisladas entre sí. No obstante, la vinculación entre ambas normas como parte de un mismo orden jurídico hace surgir una cuestión de lógica jurídica, y es la relación jerárquica que entre ellas existe.

A efectos de la jerarquización planteada, pueden tomarse dos posiciones: supremacía de la norma internacional o supremacía de la interna. El autor Virally (1998) es tajante al mencionar que el Derecho internacional es superior al Derecho interno, y solo bajo tal premisa es posible el desarrollo independiente del primero. El autor basa su posición en que todo orden jurídico debe ser superior a sus destinatarios, para así poder conferirles poderes y asignarles deberes; en el caso del Derecho Internacional, éste sólo es concebible si es superior a sus destinatarios, que son los Estados (1998, p.125). Dicha idea “encierra otra: la de la superioridad del derecho internacional respecto al derecho estatal” (p.125).

La autonomía de las fuentes internas no contradice a la superioridad de la normativa internacional, porque independientemente de la primera, el orden interno no puede regular por sí mismo las relaciones de la colectividad con Estados extranjeros, dado que para ello ya es menester recurrir a los acuerdos internacionales, lo que nos lleva de regreso al Derecho Internacional. Virally (1998) lo resume planteando que “al atribuirse el poder de reglamentar jurídicamente las relaciones de los Estados entre sí, el Derecho internacional se declara superior a ellos y a su derecho interno” (p.132). Lo anterior resulta cierto desde un punto de vista meramente lógico, y es que, si el Derecho Internacional es superior a los Estados al ser ellos los obligados por aquel, no puede concebirse que el ordenamiento creado individual y unilateralmente por ellos pueda ser superior al internacional. Esta conclusión lógica incluso es ya una norma positiva, en tanto la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su artículo 27 estableció que ningún Estado puede invocar sus normas de derecho interno para justificar el incumplimiento de un convenio internacional.

Si bien el monismo con supremacía del Derecho Internacional se muestra como la teoría predominante, debe mencionarse que la realidad muestra unos matices que pueden

contrariar la teoría. Existen, por ejemplo, importantes Estados como China, Brasil o Inglaterra que se decantan por el dualismo (Moya, 2010, pp.32-33). En definitiva, el núcleo de la cuestión no es hoy en día la identificación de qué Estado prefiere el dualismo o monismo, sino qué soluciones concretas plantean los diferentes sistemas nacionales (Gonzales et al, 2003, p.274). Así por ejemplo el caso de Ecuador, que mientras exige un control de constitucionalidad de los tratados y los sitúa jerárquicamente bajo la Constitución (art.425) dando así la clara impresión de un monismo con primacía del derecho interno, es a su vez uno de los sujetos que han ratificado la Convención de Viena de 1969 y como tal hace suya una normativa que se reconoce superior al derecho interno como se mencionó anteriormente.

### 1.3.Terminación de tratados

Es lógico suponer que, así como el Derecho regula la creación de las normas, se encargue también de su terminación; y que, así como los sujetos internacionales celebran tratados frecuentemente, puede ocurrir que los tratados lleguen a su fin, que su existencia jurídica concluya, y que sus disposiciones pierdan vigencia y por lo tanto que las partes intervinientes ya no estén ni obligadas a dar cumplimiento a ellas ni facultadas para exigirlo del resto. En consecuencia, al tiempo que la Convención de Viena de 1969 recogió el procedimiento de creación de los tratados, hace lo propio con su terminación. Al respecto, el autor Remiro Brotons (2007) justifica tal regulación en tanto:

El que la Convención se ocupe de la regulación de las causas de nulidad, terminación y suspensión debe considerarse como aceptación de que el riesgo de una invocación abusiva de tales causas no justifica una no menos abusiva afirmación absoluta e incondicional del carácter sagrado de los tratados (p.459).

Si bien la Convención no ofrece una definición de “terminación”, el artículo 70 de dicho instrumento dispone que una de las consecuencias de la terminación es el eximir a las partes de seguir cumpliendo con un tratado internacional<sup>16</sup>. A partir de esto puede elaborarse un concepto, concibiendo a la terminación sencillamente como el acto por el cual un tratado pierde su vigencia y consecuentemente deja de obligar a las partes que lo suscribieron.

---

<sup>16</sup> Art. 70 Convención de Viena: Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención:

a) Eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado (...)

### 1.3.1. Terminación de los tratados en el régimen internacional

De la lectura del artículo 42<sup>17</sup> de la Convención de Viena se deduce que las causas de terminación de un tratado tienen carácter de *numerus clausus*, es decir, que no existen otras además de las establecidas en dicho instrumento, que vienen a ser: 1. Aplicación de las disposiciones del mismo tratado; y 2. Aplicación de La Convención. Lo anterior es así porque en la redacción de dicho artículo se emplea la fórmula “la terminación no podrá tener lugar sino como resultado de...”, es decir que primero se niega la posibilidad de terminación, y después se admiten las dos excepciones mencionadas. No queda duda, por lo tanto, de que ningún tratado puede perder su vigencia a menos que se dé alguno de los dos supuestos determinados en la Convención.

La doctrina ha clasificado a las causas de terminación según sean éstas dependientes de la voluntad de las partes contratantes (causas intrínsecas) o ajenas a ésta (causas extrínsecas)<sup>18</sup>; más se utilizará en este trabajo el esquema empírico basado en el Convenio de Viena y que prefieren los autores Gonzales et al. (2003) y Sorensen (2008) según el cual las causas de terminación de los tratados son: 1) la celebración de un nuevo tratado; 2) la aplicación de las mismas disposiciones del tratado y; 3) la aparición de hechos imprevistos y la posterior actuación del derecho.

De acuerdo con el esquema expuesto, las causas de terminación de los tratados se clasifican de la siguiente manera:

1) Celebración de un nuevo tratado, sea que su contenido sea incompatible con el predecesor, sea que el nuevo tratado tenga como único propósito terminarlo
2) Aplicación de las mismas disposiciones del tratado: <ul style="list-style-type: none"><li>- Cumplimiento del objeto del tratado</li><li>- Cumplimiento del plazo de vigencia del tratado</li><li>- Denuncia</li></ul>
3) Aparición de hechos imprevistos y posterior actuación del Derecho: <ul style="list-style-type: none"><li>- Violación de las disposiciones</li><li>- Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento</li></ul>

<sup>17</sup> Art. 42 Convención de Viena: La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención.

<sup>18</sup> Véase Gutiérrez & Cervell (2008), Remiro Brotóns (2007), Mariño (1999), Barboza (2001), Moya (2010), Sepúlveda (1998)

- Cambio fundamental en las circunstancias
- Aparición de una nueva norma imperativa de Derecho internacional general contraria al tratado

El procedimiento de terminación activado por la verificación de un cambio fundamental en las circunstancias que nos atañe será analizado más adelante.

### 1.3.2. Terminación en el régimen interno

El Derecho positivo ecuatoriano considera en pocos artículos la terminación de los tratados. Empezando por la Constitución, ésta establece en su artículo 419 que requerirá de aprobación por parte del legislativo, la denuncia de los tratados que versen sobre ciertas materias específicas<sup>19</sup>. La misma norma determina que es el jefe de gobierno la autoridad competente para denunciar los tratados (Art. 420). Ese artículo constitucional obliga a que todo tratado que haya sido ratificado por referéndum debe ser denunciado por la misma vía de consulta popular.

La Ley Orgánica de la Función Legislativa ratifica en su artículo 108 que la denuncia de los tratados internacionales que requieren de aprobación legislativa requerirá también aprobación por parte del Pleno de la Asamblea Nacional. Debe mencionarse que dentro de esta norma se establece que en los casos de instrumentos que requieran de aprobación legislativa, la Presidencia de la Asamblea remitirá toda la documentación necesaria a la Comisión de Soberanía Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral, a fin de que ésta redacte un informe que será puesto a conocimiento del Pleno. En concordancia con lo anterior, el artículo 7 del Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional atribuye al Pleno la función de aprobar o improbar tratados, y consecuentemente también su denuncia.

Finalmente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se encarga en su Capítulo V de regular el control de fondo al que deben someterse todos los tratados suscritos por el presidente de la República antes de su paso, de ser necesario, por la aprobación legislativa (control de forma). Estas disposiciones, si bien se refieren a la adopción de tratados en el régimen interno, se aplican también para su terminación. Cabe mencionar que la resolución de aprobación emitida por la Asamblea Nacional es también

---

<sup>19</sup> Ver pie de página 15

susceptible de control por la Corte Constitucional, a petición de parte interesada. La misma norma establece que, cuando se declare la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, éste deberá ser denunciado, renegociado o se deberá modificar la Constitución.

Si bien la denuncia no está ausente en lo dispuesto por las normas antes mencionadas, no se establece un procedimiento específico de denuncia y terminación de tratados que deban seguir los órganos competentes que intervienen en el *iter pacti*, sino que se trata de formulaciones de carácter más general. En atención a esta falta de desarrollo constitucional y legislativo, el procedimiento expuesto ha sido elaborado a partir del principio de que “en derecho, las cosas se deshacen como se hacen” (Molina, 2006, p.287).

Una vez abordada la naturaleza de los tratados, su construcción, terminación y su particular estatus dentro del régimen jurídico ecuatoriano, se puede tratar el cambio fundamental de circunstancias como fenómeno que condiciona su vigencia.

#### 1.4.Fenomenología del cambio fundamental en las circunstancias como forma de terminación de los tratados

##### 1.4.1. Fundamento

Como se mencionó anteriormente, los tratados son el instrumento a través del cual los Estados regulan sus relaciones, es decir, delimitan el marco dentro del cual podrán actuar entre unos y otros, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones respectivamente, con el fin de alcanzar determinados objetivos. Como sujetos del Derecho internacional, los Estados son plenamente capaces de celebrar todos los tratados que deseen, dentro de la legalidad internacional, basados en su libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad, por el cual “en la medida en que ninguna regla imperativa se rompa, las partes de la convención pueden intervenir en cualquier relación que deseen; desde el momento en que deciden hacerlo, están atadas por su convención”<sup>20</sup> (Andritoi, 2012, p.226).

El enunciado que precede es la base del principio de *pacta sunt servanda*, mencionado antes. Cualquier negociación, en el ámbito que fuere, parte del hecho de que los sujetos que intervienen en ella lo hacen bajo determinadas circunstancias. Es decir, que cuando un sujeto se relaciona con otro, lo hace conociendo, en mayor o menor medida, no sólo

---

<sup>20</sup> Original en inglés. Traducción propia

las circunstancias exógenas en que esa relación intersubjetiva se desarrollará, sino también sus propias circunstancias personales que condicionarán la relación con el otro. Al celebrar acuerdos, los Estados actúan con plena conciencia y voluntad, de allí surge la responsabilidad exigible por sus acciones. No obstante, “la mayoría de tratados no pueden prever todos los cambios o circunstancias que afectarán el objeto de los mismos a lo largo del tiempo” (Ramírez, 2007, p.624). Como seres humanos nos es imposible predecir el futuro y lo que pueda deparar. Existe un incontable número de contingencias a las que estamos expuestos, y si bien podemos prever algunas y tomar las medidas correspondientes para enfrentarlas y de ser el caso mitigar sus eventuales efectos negativos, no deja de existir la posibilidad de que ocurra una modificación en nuestra realidad que incida y afecte directamente a nuestras relaciones. Todo lo anterior es aplicable a los Estados, en tanto son creaciones humanas y como tales carecen del don de la intangibilidad.

En consideración a lo expuesto, puede ocurrir que las condiciones bajo las que se celebró un tratado cambien de manera tan inesperada, radical y profunda, que las nuevas condiciones de aplicación sean incompatibles con el tratado en cuestión y con la intención que las partes tuvieron al momento de celebrarlo<sup>21</sup> (Abass, 2012). Como bien señala la autora Andritoi (2012):

un tratado, en cuyo momento de suscripción parecía particularmente necesario y justo, puede en el tiempo volverse inútil y abusivo...por las circunstancias cambiantes, el tratado se opondrá a la fuerza de las cosas y las razones de su existencia desaparecerán<sup>22</sup> (pp.226-227).

Como consecuencia de este cambio imprevisto por las partes, los juristas han considerado que es justo decir que cuando ello ocurre, existe una causa válida para que el sujeto afectado por estas alteraciones considere que las disposiciones convencionales que lo vinculaban con otro cesen en su obligatoriedad. Lo último se basa en que “un tratado no debería ser aplicado en circunstancias tan distintas de aquellas en las que se celebró, que su aplicación resultaría contraria a las expectativas mutuas de las partes y menoscabaría sus objetivos aparentes”<sup>23</sup> (Lissitzyn, 1967, p.896). En otras palabras, un tratado no ha

---

<sup>21</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>22</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>23</sup> Original en inglés. Traducción propia

sido incumplido si no es aplicado en circunstancias en las que las partes no pretendían o no esperaban que éste sea aplicado.

Al respecto, se han desarrollado dos corrientes históricas relativas al principio *rebus sic stantibus* o cambio fundamental en las circunstancias, las cuales se exponen a continuación, siguiendo el orden cronológico en que surgieron.

#### 1.4.2. *Rebus sic stantibus*: Corriente subjetiva

La doctrina menciona que la idea de que un cambio de circunstancias radical permite desvincularse de ciertas obligaciones es antigua, aunque no existe un acuerdo unánime respecto a cuándo éste se estableció como un medio de terminación de los tratados. Se sostiene que las ciudades-Estado griegas ya lo aplicaron en sus relaciones con otros pueblos<sup>24</sup> (Redoslob, citado por Andritoi, 2012, p.227); otro sector de la doctrina argumenta que el Derecho romano ya contemplaba esta figura, siendo uno de los “argumentos judiciales que el Estado romano usaba para justificar su comportamiento al momento de no obedecer un pacto. En otras palabras, la aplicabilidad de la cláusula contravenía el principio general de *pacta sunt servanda*”<sup>25</sup> (Ecobescu & Duculescu, citados por Andritoi, 2012, p.226). Finalmente, hay quienes reconocen el surgimiento de este modo de terminación de tratados en el Derecho canónico de la Edad Media (Abello, 2006, Ramírez, 2007, Andritoi, 2012).

La idea de que un acuerdo entre partes termina si tiene lugar un cambio en las circunstancias, cuyos efectos no fueron previstos y contraría las expectativas de las partes que las llevaron a celebrar el pacto es trascendental, y se desarrolló en el derecho civil. Los doctrinarios coinciden generalmente en que fue Gentili quien la introdujo en el Derecho Internacional, al mencionar que *omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*, traducido según Andritoi a “the conventions exist in time and remain the same” (2012, p.228) y según Ramírez de forma más contextual a “que las circunstancias se sigan manteniendo en el estado que guardaban al momento de celebrarse el tratado” (2007, p.626). Es así como la idea mencionada a lo largo de estos apartados toma el nombre de cláusula *rebus sic stantibus*.

Ahora bien, Gentili añadió a su formulación la propiedad de que dicha cláusula se hallaba implícita en todo tratado internacional (Abello, 2006). A su vez, Hugo Grocio se planteó

---

<sup>24</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>25</sup> Original en inglés. Traducción propia

si la cláusula era o no implícita a todo pacto entre Estados (Ramírez, 2007). El hecho de reconocer a la cláusula como implícita a todo tratado deja entrever que sea un principio general del derecho. Tal interpretación no resulta desproporcionada, en tanto un sector de la doctrina toma a la cláusula como principio general<sup>26</sup> (Redoslob, citado por Andritoi, 2012). De esta manera se crea una corriente de pensamiento alrededor de la cláusula *rebus sic stantibus*, llamada por Rojas Amandi (2014) teoría subjetiva, desde la cual se sostenía que todo tratado internacional contiene a la cláusula como una condición tácita que permite su terminación unilateral.

El nombre de la teoría cobra mayor sentido cuando surge su contraparte (teoría objetiva), pero en principio puede decirse que es subjetiva porque no ve en la cláusula una regla perfectamente definida, sino una condición implícita de las relaciones internacionales, y en tal sentido su aplicación no depende tanto de un ejercicio de verificación del cumplimiento de una norma, sino de un ejercicio de interpretación, en tanto “el problema de los efectos de un cambio de circunstancias en las relaciones a través de tratados se vuelve por principio en uno de interpretación- de establecer las mutuas intenciones y expectativas de las partes”<sup>27</sup> (Lissitzyn, 1967, p.896). La lectura de lo anterior debe hacerse teniendo en cuenta que hasta hace menos de cien años no existía norma alguna que regule específicamente la cláusula.

Esta corriente fue predominante en la doctrina internacional por más de cuatro siglos, desde su formulación por Gentili, hasta mediados del siglo XX en las obras de autores como Emer de Vattel (citado por Ramírez, 2007), Olivart (1903, p.424), Radoikovitch (citado por Abello, 2006) o Sorensen (2008, p.249), todos de acuerdo en la condición tácita que representa la cláusula.

Según Lissitzyn (1967), la aplicación de la cláusula puede darse mediante dos enfoques, no necesariamente opuestos e incompatibles: carga insostenible e intención de las partes. De acuerdo con el primero, el cambio en las circunstancias permite la terminación de los tratados cuando la nueva realidad, en virtud del tratado, impone unas obligaciones excesivamente onerosas para una de las partes; el segundo dicta que el cambio circunstancial es válido como medio de terminación si desaparece el fundamento sobre el cual descansa,

---

<sup>26</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>27</sup> Original en inglés. Traducción propia

o si preferimos plantear la cuestión subjetivamente, el tratado es terminado porque podemos inferir de sus términos que las partes, aunque no dijeron expresamente qué debía pasar en el nuevo escenario presentado, si lo hubiesen previsto, habrían dicho que el tratado tenía que cesar<sup>28</sup> (Brierly, citado por Lissitzyn, 1967, p.900).

El problema que traía la falta de una norma que delimitase el alcance de la cláusula *rebus sic stantibus*, es que ésta podía ser manipulada de manera indiscriminada por cualquiera que viese una ventaja en alegarla, todo en menoscabo de la estabilidad de las relaciones entre Estados; adeptos a la corriente subjetiva reconocían la “extensión perniciosa” de la cláusula que podían darle los políticos (Olivart, 1903, p.422), e incluso existen doctrinarios que por ello la repudian, al tenerla como “un expediente maquiavélico para eximirse de las obligaciones contraídas en los tratados, o de otro modo, la máscara de la ruptura de la fe jurada” (Bynkershoek, citado por Ramírez, 2007, p.627).

No obstante, los rasgos de la cláusula presentados como negativos por ser fuente de incertidumbre fueron aprovechados por los Estados para defender sus intereses, recurriendo al principio *rebus sic stantibus* más como herramienta política que como institución jurídica. Durante el siglo XIX y principalmente en Alemania, hubo una férrea defensa de la cláusula, sobre todo desde el enfoque de la carga insoportable. Así, para Hegel un tratado es vinculante en tanto el Estado contratante tenga interés en honrarlo; Von Treitschke declara que el más alto deber del Estado es desplegar su poder aún a costa de los tratados; y Bismarck sostiene que el respeto a los tratados no es sino condicional, pues puede cesar en tanto la lucha por la vida lo permita<sup>29</sup> (Andritoi, 2012, p.229).

Planteamientos como los anteriores propician un orden internacional regido por la ley del más fuerte, donde el Estado solamente vela por sus intereses<sup>30</sup>, sin caer en consideraciones sobre si su actuar respeta los compromisos adquiridos con sus contrapartes estatales, tan soberanos como él y asistidos por el legítimo derecho a que se honren los compromisos adquiridos por él. Efectivamente, autores modernos como Ortega et al. (2011) manifiestan que los Estados solían utilizar la cláusula de manera muy discrecional<sup>31</sup>, en tanto "la práctica diplomática utilizó con frecuencia la doctrina *rebus sic stantibus* como

---

<sup>28</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>29</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>30</sup> De acuerdo con Morgenthau y su teoría del realismo, las relaciones internacionales funcionan en la práctica así, pues “el elemento principal...en el panorama de la política internacional es el concepto de interés definido en términos de poder” (1986, p.13)

<sup>31</sup> En el capítulo 3 se presentan algunos de los casos de aplicación de la cláusula

instrumento de liberación de las obligaciones contenidas en tratados que llegaban a ser molestas para los Estados partes en ellos" (2011, p.234).

Comprobada esta deriva en las relaciones internacionales, ya en el siglo XX la Sociedad de las Naciones se fundó como un organismo que perseguía, además del mantenimiento de la paz y seguridad, “el establecimiento de las normas del derecho internacional como la regla de conducta efectiva entre los gobiernos...y un respeto escrupuloso de todas las obligaciones de los tratados en las relaciones recíprocas de los pueblos organizados” (Preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones, 1919). Es así como empiezan los intentos por establecer un marco normativo para la relación entre los sujetos internacionales. Prueba de ello es el artículo 19 del Pacto, que puede interpretarse como el origen de la formulación del principio *rebus sic stantibus* como norma objetiva, aunque tiene una formulación vaga:

Art. 19. La Asamblea podrá, de tiempo en tiempo, aconsejar a los miembros de la Liga la reconsideración de los tratados que hayan llegado a ser inaplicables, así como la consideración de las situaciones cuyo mantenimiento podría poner en peligro la paz del mundo.

En el Pacto no se determina que la cláusula *rebus sic stantibus* sea una forma de terminación de los tratados, sino que más bien se invita a las partes a revisar los tratados, es decir, que si los daban por terminados sería por mutuo acuerdo y no aplicación directa de la cláusula. Cabe añadir que el Pacto no se refiere tanto a un cambio que vuelva oneroso el cumplimiento de las obligaciones, sino a situaciones que, de mantenerse en su estado, se conviertan en una amenaza para la convivencia pacífica. Términos tan generales, sumados al fracaso de la Sociedad de Naciones, permiten coincidir con Abello en que la evolución del principio *rebus sic stantibus* “fue más aparente que real” (2006, p.213).

Dentro del período en que aún imperaba la corriente subjetiva, es importante reconocer que sí se redactó una norma que regulaba específicamente a la cláusula *rebus sic stantibus*, recogida en la Convención sobre Tratados de 1928<sup>32</sup>, la cual estipula:

Art. 15.- Podrá igualmente declararse la caducidad de un tratado cuando éste sea permanente y de aplicación no continua, siempre que las causas que le dieron origen

---

<sup>32</sup> Este tratado multilateral fue suscrito durante la Sexta Conferencia Internacional Americana, el 20 de febrero de 1928. En el preámbulo del instrumento se lee que la causa de su celebración es el deseo “de los Estados de América de fijar con claridad las reglas que deben regir los tratados que suscriban entre ellos” (1928, p.1).

hayan desaparecido y pudiera lógicamente deducirse que no se presentarán en el futuro. La parte contratante que alegare esta caducidad, al no obtener el asentimiento de la otra o de las otras, podrá acudir al arbitraje, sin cuyo fallo favorable y mientras éste no se dicte, continuarán en vigor las obligaciones contraídas.

La idea de la cláusula está contenida en el texto precedente y, siguiendo el enfoque de la intención de las partes de Lissitzyn (1967), se enfatiza en que el cambio debe ser relativo a las causas que le dieron origen, es decir, lo que motivó a las partes a negociar y celebrar el acuerdo, que se concreta en sus respectivas expectativas e intenciones. Otro aspecto trascendental de este artículo es la determinación de que sólo mediante la decisión de un tercero imparcial puede verificarse la existencia de un cambio que dé paso a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Como puede apreciarse, incluso antes de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas y la Convención de Viena, ya era notable la tendencia hacia la redacción de una norma que regule la cláusula *rebus sic stantibus*, con la consecuente pérdida de vigor de la teoría subjetiva.

#### 1.4.3. Cambio fundamental en las circunstancias: teoría objetiva

La evidente condición de incertidumbre aparejada a la teoría subjetiva de la cláusula *rebus sic stantibus* no pasó desapercibida para los juristas del siglo pasado, tal como se expuso. El fundamento jurídico y filosófico detrás de la cláusula exigía que ésta existiera como una institución dentro del Derecho Internacional, pero a su vez no podía admitírsela como un principio sin una formulación expresa, debido a los riesgos de manipulación e inseguridad evidentes. En ese estado de cosas, luego del fracaso de la Sociedad de las Naciones y el término de la Segunda Guerra Mundial, la Comisión de Derecho Internacional como organismo dependiente de las Naciones Unidas se propuso, entre otros objetivos, la regulación de la cláusula para poder delimitarla y restringir las interpretaciones a su alrededor. Este trabajo se vio plasmado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Es pertinente mencionar que la Carta de las Naciones Unidas no recogió en su texto una disposición similar al artículo 19 del Pacto de la Sociedad de Naciones, por lo que éste no fue tomado como base para una futura norma escrita relativa al principio *rebus sic stantibus*.

Para Abello (2006) el primer paso en el ejercicio de delimitación fue “cambiar la denominación latina por la del cambio fundamental en las circunstancias” (p.216), lo cual

fue una decisión acertada, pues el concepto del cambio fundamental se explica por sí solo, a diferencia de la expresión *rebus sic stantibus*.

Una vez abandonada la formulación en latín, la Comisión procedió a la redacción de una norma que regulase al cambio fundamental de las circunstancias como modo de terminación de los tratados; tal norma escrita se encuentra recogida en el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969, luego de un proceso en el que se escribieron algunos borradores, como el de los relatores especiales de la Comisión Sir Humphrey Waldock y Sir Gerald Fitzmaurice, en los que “se rechaza la ficción de una condición implícita”<sup>33</sup> (Lissitzyn, 1967, p.914).

Con la creación del artículo 62 de la Convención, un sector mayoritario consagró el triunfo de la teoría objetiva adoptada por la Comisión, que “no ve en la cláusula *rebus sic stantibus* una condición contractual tácita, sino una regla independiente de DIP” (Rojas, 2014, p.271). De manera similar se pronuncia Abello al escribir que

el logro más importante de la CDI con el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es que la cláusula dejó de ser invisible e inherente a todos los tratados y se convirtió en una simple regla de derecho aplicable a los tratados (2006, p.220).

No obstante, no existe un acuerdo unánime doctrinal respecto a este supuesto triunfo de la teoría objetiva, en tanto el mismo Waldock criticó uno de los borradores, aduciendo que la disposición estaba “enmarcada en términos demasiado subjetivos, lo que casi implica reintroducir la ficción de la condición implícita”<sup>34</sup> (Waldock, citado por Lissitzyn, 1967, p.914). El análisis del artículo 62 se hará en el siguiente apartado, pero vale adelantar que, por la gran labor de interpretación que exige su aplicación, se incurre de nuevo en muchas subjetividades<sup>35</sup>. Es por ello que Lissitzyn sentencia:

---

<sup>33</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>34</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>35</sup> A propósito de la subjetividad presente en todo ejercicio interpretativo, Terán afirma:

La interpretación dista mucho de ser una actividad puramente técnica, *confínable* dentro de los márgenes de la lógica, o capaz de llegar a resultados ciertos, seguros, plenamente intersubjetivos...El intérprete ha de elegir no sólo entre los diversos métodos de interpretación posible, sino también entre los diferentes resultados a que se puede llegar siguiendo cada uno de esos métodos, o sea, entre las diferentes proposiciones interpretativas...La interpretación jurídica es, pues, una actividad donde el elemento subjetivo y los juicios valorativos tienen una presencia inevitable. Si se toma en cuenta que la denominada lógica jurídica y la Ciencia del Derecho presuponen necesariamente la interpretación, hay que concluir que lo subjetivo y lo valorativo atraviesan todo el espectro de la dinámica jurídica y que, en consecuencia, no sólo el legislador o el constituyente adoptan decisiones, sino que los órganos jurisdiccionales son también auténticos decisores...La aplicación del Derecho es, ante todo, un acto voluntario, irracional (2005, pp.34-36)

los opuestos de subjetividad y objetividad no contrastan absolutamente, sino que se disuelven entre ellos en diferentes grados de subjetividad...buscando escapar de la ficción innecesaria de una condición implícita, la Comisión se halló a sí misma adoptando otra ficción-la de una “regla objetiva”<sup>36</sup> (1967, p.922).

Si bien la existencia del artículo 62 de la Convención de Viena derrumba el fundamento de la teoría subjetiva, aún queda pendiente el determinar qué enfoque tiene ese artículo, de acuerdo con la distinción hecha por Lissitzyn ya mencionada. Dicho autor considera que el enfoque correcto de la institución debe ser el de la intención de las partes (1967) lo cual considero que tiene sentido, puesto que es el enfoque más respetuoso con el principio de *pacta sunt servanda*. Efectivamente, la obligación contraída por un Estado tiene como base el consentimiento del mismo; a su vez, ese consentimiento se manifiesta precisamente porque la parte considera correcto obligarse, en tanto ese acto le traerá algún beneficio o interés.

Así, los Estados celebran tratados para alcanzar cierto estado de cosas, es decir, con la intención de que esa realidad se materialice a través del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el pacto. Pero si la realidad actual no se corresponde con la realidad que las partes del acuerdo pretendían alcanzar, sea mutua o individualmente, entonces el acuerdo debe terminar o al menos suspenderse, porque la realidad está en oposición a la intención de los Estados, que es la base del consentimiento sobre el que descansa el tratado, y corresponde a las partes del tratado buscar una solución al conflicto que el incumplimiento generaría, sea esta la renegociación y ajuste del instrumento, o su terminación. Analizado a la luz del principio *pacta sunt servanda*, no es justo que se le exija a un Estado el cumplimiento de sus obligaciones de buena fe, cuando el Estado se obligó de buena fe porque tenía la intención y el interés de conseguir algo, pero resulta que las circunstancias y la observancia del tratado solamente se distancian de esa intención; de haber sabido que las circunstancias no satisfarían las intenciones del Estado, él sencillamente se habría abstenido de suscribir el tratado.

No obstante, la Comisión se decantó por el enfoque de la carga insoportable. Uno de los relatores especiales del órgano mencionó que la dependencia de la cláusula a la intención de los contratantes invitaba a la subjetividad y aumentaba el riesgo de abuso (Waldock, citado por Lissitzyn, 1967). Por su parte, si bien no lo reconoce expresamente, la misma

---

<sup>36</sup> Original en inglés. Traducción propia

Comisión deja entrever que el factor más importante para la aplicación del cambio fundamental en las circunstancias no es tanto la intención de las partes, sino la onerosidad imprevista que el tratado puede llegar a tener para uno de los Estados. Así se recoge en uno de sus Anuarios:

Aún existen casos en los que, sin posibilidad de alcanzar acuerdo alguno, uno de los contratantes quede, por el tratado, impotente e incapaz de obtener algún alivio legal de gravosas y anticuadas cargas. Es en estos casos que la doctrina del *rebus sic stantibus* podría servir para introducir un sentido de compromiso en la contraparte<sup>37</sup> (CDI, citada por Lissitzyn, 1967, p.913).

Sin afán de contradecir los criterios de los juristas citados, el cambio fundamental de las circunstancias de la Convención de Viena contiene elementos de ambos enfoques, como se evidenciará más adelante.

Conocido el desarrollo histórico y teórico de la institución, es pertinente estudiar su formulación en la Convención.

#### 1.4.4. Cambio fundamental de las circunstancias en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969

##### 1.4.4.1. Formulación

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, como producto de toda la expuesta discusión teórica mantenida en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, reza:

Art. 62. 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:

- a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
- b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

---

<sup>37</sup> Original en inglés. Traducción propia

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

- a) si el tratado establece una frontera; o
- b) si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

El primer aspecto por resaltar de la norma es su formulación como prohibición. Se establece que el cambio de circunstancias respecto a las habidas al momento de la celebración no se puede invocar como causa de terminación de un tratado, y luego se halla “a menos que”, lo que significa que los supuestos en los que sí se puede alegar como causa de terminación son excepcionales. Así, en primer término, la regla general prescribe que un cambio fundamental en las circunstancias no termina un tratado<sup>38</sup>, pero la misma regla establece sus excepciones.

El artículo 62 se divide en tres numerales, siendo el primero el más importante, en tanto ofrece una definición de lo que es el cambio fundamental en las circunstancias. Él puede a su vez separarse en cuatro elementos que deben estar presentes para que opere la terminación, dos de carácter objetivo y dos subjetivos, de acuerdo con el análisis de Pastor Ridruejo (2015).

El primer elemento objetivo es el cambio fundamental en las condiciones materiales de aplicación del tratado, respecto de las condiciones materiales históricas que existían al momento de su celebración. Si bien la verificación de estas nuevas condiciones alteradas no es automática, dado que son relativas al objeto del tratado y son exógenas, su constatación no requiere de un ejercicio argumentativo que la justifique, en tanto son elementos perceptibles por los sentidos, pueden ser objeto de una “*prueba observacional*”, cuyo grado de certeza puede considerarse absoluto” (Gascón, 1997, p.369).

---

<sup>38</sup> Ni permite el retiro del Estado, en el caso de los tratados multilaterales

Como un caso de cambio material perceptible puede plantearse el ejemplo propuesto por la autora mexicana Ramírez (2017) del Tratado de Aguas Internacionales entre México y Estados Unidos, por el cual los mexicanos deben asegurar un suministro de agua a los estadounidenses, una obligación que “se ha vuelto materia de polémica, en virtud de las graves sequías que han afectado a México y las actas que se han firmado para garantizar el cumplimiento” (p.1). Gracias al ejemplo se clarifica la disposición de la Convención: al momento de suscripción del tratado existen unas condiciones naturales y meteorológicas específicas, pero en el momento actual de aplicación, dichas condiciones no son iguales, lo cual es perfectamente verificable. Se trata pues, de la comparación entre dos realidades históricas y la verificación de alteraciones entre una y otra.

El segundo elemento objetivo se presenta “en lo que respecta a sus consecuencias” (Pastor Ridruejo, 2015, p.130) del cambio, en tanto éste ha de modificar radicalmente el alcance de las obligaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes. Este enunciado hace referencia a la grave repercusión que el cambio debe tener en las prestaciones que uno de los Estados aún debe cumplir. Como formulación en abstracto resulta comprensible el enunciado mencionado, mas no es del todo así; bien hace Lissitzyn en resaltar que “es particularmente misterioso el término ‘alcance’. Esa limitación excluiría la mayor parte de cambios invocados en el pasado y que seguramente se invocarán en el futuro, salvo que a la palabra ‘alcance’ se le dé la significación innatural de ‘carga’<sup>39</sup>(1967, p.917).

De acuerdo con el antes comentado enfoque de la carga insostenible, el artículo 62 debería ser leído en ese sentido: que al hablar de “alcance de la obligación”, la Comisión se refería a que la obligación se convirtió excesivamente onerosa y perjudicial para una de las partes a consecuencia del cambio de circunstancias (CDI, 1969, p.1). Así lo entiende la autora Ramírez (2007) con su ejemplo del tratado de provisión de agua entre estadounidenses y mexicanos, en tanto, siguiendo su criterio, el Estado mexicano se encuentra imposibilitado de suministrar agua al Estado estadounidense con el mismo flujo que cuando suscribieron el acuerdo, debido a sequías severas que no le permiten a México cumplir sus obligaciones simplemente por el curso de la naturaleza, en tanto el caudal de los ríos cambió y ahora el Estado debe tomar acciones concretas para garantizar el

---

<sup>39</sup> Original en inglés. Traducción propia

suministro de agua, cosa que antes no requería hacerlo por ser el caudal siempre constante.

Pese a la aparente objetividad de la comprobación del cambio de circunstancias materiales y del nuevo y grave alcance de las obligaciones de una de las partes a consecuencia de dicha modificación, Lissitzyn (1967) ya advierte que quien decida sobre la aplicación del artículo 62 “está compelido a escoger de entre los significados varios que a los términos ambiguos se les puede atribuir”<sup>40</sup> (p.915). Efectivamente, en la disposición consta junto a cambio el adjetivo “fundamental”, y junto a modificar el adverbio “radicalmente” que, por ser precisamente un adjetivo y un adverbio, dejan un amplio margen de interpretación y pueden dar paso a ambigüedades en cuanto a la situación que describen<sup>41</sup>. Encontramos que los elementos objetivos del artículo 62 cuentan también dentro de sí, con palabras que llevan consigo una alta carga de subjetividad.

En cuanto a los elementos subjetivos, el primero es la no-previsión del cambio por parte de los Estados contrayentes. En principio, lo más sencillo para determinar si hubo o no previsión del cambio es acudir al texto del tratado y revisar si las partes expresamente consideraron al cambio dado como una contingencia posible y dispusieron qué hacer ante la eventualidad de su presentación. A simple vista asoma como una cuestión poco difícil de clarificar, aunque en realidad “prever un evento futuro puede significar esperarlo como inevitable, esperarlo como probable, o tenerlo como una posibilidad, si bien no muy real. En la mayoría de los casos, la no-previsión seguramente será alegada antes que demostrada como un hecho”<sup>42</sup> (Lissitzyn, 1967, p.915). En suma, la Convención de Viena exige que el cambio no debió haber sido representado por las partes y tenido por éstas como una posibilidad real. Dado que no podían imaginar que el cambio fundamental llegaría, en tanto éste era una posibilidad muy remota (si es que era siquiera considerado como posibilidad), las partes negociaron y construyeron el tratado bajo la supuesta certeza de que el estado de cosas en que lo hicieron se mantendría como tal.

El último elemento subjetivo hace referencia a que el consentimiento del tratado por los Estados se sustentaba específicamente en las circunstancias que sufrieron la alteración. Este es quizá el elemento cuya verificación es la más compleja, debido a que al hablar de consentimiento como requisito esencial de una obligación, como se mencionó

---

<sup>40</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>41</sup> Ver análisis página 115, 130 y 137

<sup>42</sup> Original en inglés. Traducción propia

anteriormente, necesariamente se está hablando de objetivos, intenciones y expectativas proyectadas por las partes; todos esos elementos no son perceptibles por los sentidos, al igual que la no-previsión, son elementos que yacen en el fuero interno de cada sujeto que se obliga y no son directamente comprobables. No obstante, Lissitzyn (partidario del enfoque de la intención de las partes) defiende que “si bien las expectativas, intenciones y objetivos de las partes son subjetivos, la exigencia de comprobación y su carácter mutuo exigen sustento en evidencia objetiva. Tal evidencia limita la subjetividad del proceso de investigación”<sup>43</sup> (1967, p.915).

Si bien es cierto que sí existe una limitación a la subjetividad de la interpretación de quien aplique el artículo 62 de la Convención de Viena, para la comprobación de estos dos últimos elementos, resulta imposible la pretensión positivista de reducir la aplicación del Derecho a un “mecanismo lógico sin discrecionalidad” (Zagrebelski, 2004, p.132), porque la misma norma está exigiendo que se pruebe la capacidad de un sujeto de prever cambios que no dependen de su accionar, y que pruebe que su voluntad se manifestó basada en condiciones circunstanciales. Es decir, la norma exige la demostración de elementos que ocurren en el fuero interno de los sujetos, y por la dificultad que entraña el probar ello, la prueba aquí cumple un rol persuasivo, lo cual, desde una concepción irracional de la prueba, implica que la persuasión no depende sólo de las pruebas (Gascón, 1997, p.366). Más aún, Serna manifiesta que

ni la premisa mayor ni la menor pueden obtenerse mediante un procedimiento silogístico ni mediante medio alguno de prueba evidente. Ello impide hablar de demostración en el Derecho, y exige acudir a la argumentación como medio para justificar esas premisas meramente probables (2006, p.67).

Tras la revisión de cada uno de los elementos, cabe sostener que el cambio fundamental en las circunstancias, si bien existe como una norma objetiva contemplada en la Convención de Viena de 1969, no deja de estar condenado a ser una institución con una alta carga de subjetividad; que el problema de la institución es “esencialmente uno de interpretación”<sup>44</sup> (Lissitzyn, 1967, p.902); y que por ambos factores Lauterpacht probablemente tenía razón al decir que “la cláusula (*rebus sic stantibus*) suele ser caracterizada como ‘volátil’ y ‘peculiar’, y en cierta forma contundentemente reveladora

---

<sup>43</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>44</sup> Original en inglés. Traducción propia

de la ausencia de regulación en el seno de la comunidad internacional” (citado por Abello, 2006, p. 204).

#### 1.4.4.2.Exclusiones

La Convención de Viena excluye al cambio fundamental en las circunstancias como causal válida de terminación para tratados fronterizos. En el seno de la Comisión de Derecho Internacional hubo disensos respecto al fundamento de esta exclusión<sup>45</sup>; así, Verdross por ejemplo sostuvo que la exclusión se fundamenta en que un cambio fundamental en las circunstancias no puede aplicarse a un tratado que ya ha sido plenamente ejecutado, como lo son todos los tratados fronterizos, mientras que Waldock fundamentó la exclusión en que los tratados fronterizos crean situaciones estables, cuya naturaleza es incompatible con someterlos al principio *rebus sic stantibus*, y hubo incluso quien se pronunció contra la exclusión por ser contraria a la autodeterminación de los pueblos (Abello, 2006, pp.218-219). Independientemente de la fundamentación teórica, hubo un consenso general en cuanto a que ningún tratado fronterizo puede terminar por aplicación del artículo 62 de la Convención de Viena. Para Remiro Brotóns es una exclusión que se sobreentiende y por tanto innecesaria, pero al menos "los terratenientes se sienten más tranquilos cuando sus vecinos se inclinan por el irredentismo" (2007, p.474). A su vez, sobre el mismo aspecto se puede decir que aquello no se enfrenta con el ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos, en tanto ese derecho no implica necesariamente una modificación fronteriza para uno o más Estados (Rojas, 2014).

La segunda exclusión que formuló la Comisión se refiere al cambio circunstancial que resulta de la violación del instrumento internacional por parte del Estado que alega el cambio fundamental de circunstancias. Abello (2007) menciona que esta exclusión es sencillamente la formulación de “uno de los principios generales del derecho; una parte no puede prevalerse de su propia culpa” (p.222). Naturalmente, sería nocivo permitir que un Estado viole las disposiciones de un tratado, cree una situación distinta a aquella en la que se suscribió el instrumento, y en base a ello alegue que tiene derecho a pedir la

---

<sup>45</sup> En 1966, la Comisión de Derecho Internacional formuló con éxito el proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados...la Comisión fue establecida por la Asamblea General de la ONU en 1947...el deber de la Comisión es codificar o promover el avance del Derecho internacional” (Suraputra, 2014, p.464). La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue elaborada, en base al proyecto de la Comisión, por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre 1968 y 1969 (Koeck, 1974, p.93)

terminación del tratado por el cambio producido, pretendiendo así incumplir de mala fe sus obligaciones, en abierta contradicción con el principio *pacta sunt servanda*, que no sólo es un principio general, sino una norma objetiva según el artículo 26 de la misma Convención de Viena de 1969. De todas maneras, es necesaria la precisión de que, a fin de poder excluir la aplicación del artículo 62 como modo de terminación, “se requiere que exista un nexo de causalidad entre la violación del tratado y el cambio de las circunstancias que meten en causa la aplicabilidad del tratado en mención” (Abello, 2007, p.222).

Junto a todo lo dicho, Rojas Amandi (2014) enfatiza que la imposibilidad de cumplimiento y la violación de las normas instrumentales siempre implican un cambio en las circunstancias, pero para la Convención de Viena son causas de terminación independientes al artículo 62.

#### 1.4.4.3.Procedimiento

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados no contempla un procedimiento de terminación específico para el cambio fundamental en las circunstancias. En consecuencia, para la aplicación de dicha figura, un Estado deberá proseguir según el procedimiento general para la terminación de tratados, contemplado en los artículos 65 y 66 de la Convención. En este apartado, se hará una corta síntesis de dicho procedimiento general, descrito en la norma.

La primera acción que un sujeto internacional debe realizar es notificar a la otra parte contrayente de su decisión de dar por terminado el instrumento, y los motivos que le han empujado a tomar tal decisión. Una vez cumplida la notificación, se presentan dos opciones, cuya distinción es importante para la configuración del cambio fundamental en las circunstancias.

La primera opción es que el Estado notificado no formule objeción alguna a lo planteado por el Estado que persigue la terminación. En este supuesto, Abello es claro al mencionar que

el aspecto más importante para que la cláusula pueda existir es que la decisión sea tomada por un tercero, ya que, si las partes encuentran una solución entre ellas, nos encontramos frente a un caso de mutuo disenso y no de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (2006, p.227).

La cita precedente permite ver que, si un Estado intenta terminar un tratado por aplicación del artículo 62 de la Convención de Viena, notifica a su contraparte de esta intención, y ese otro Estado no formula objeciones, entonces no estamos ante un cambio fundamental en las circunstancias como modo de terminación de tratados; no se aplica el artículo 62, sino el artículo 54, que contiene a la “Terminación de un tratado por consentimiento de las partes” (Convención de Viena, 1969, p.456).

Lo anterior guarda conformidad con la intención de la Comisión de Derecho Internacional, varias veces mencionada en este trabajo, de limitar la subjetividad del cambio fundamental en las circunstancias. Eso significa que, además de los elementos subjetivos y objetivos analizados en el apartado 1.4.4.5., el perfeccionamiento del cambio fundamental en las circunstancias como causal de terminación de un tratado según el artículo 62 de la Convención de Viena exige que dicho cambio sea declarado como tal por un tercero (Abello, 2006, p.228). Jiménez de Aréchaga, uno de los miembros de la Comisión, confirmó este criterio, en tanto

si un Estado plantea una controversia jurídica con respecto a la validez o terminación de un tratado, lo menos que se le puede pedir para desligarlo del tratado es que esté dispuesto a aceptar la solución de la controversia por una tercera parte imparcial (citado por Abello, 2006, p.220).

Consecuentemente, la única forma en que el artículo 62 puede aplicarse como medio de terminación es con la segunda opción, es decir, que el Estado notificado objete lo dicho por su contraparte. Si se produce esta objeción, el artículo 65 prescribe que las partes deberán solucionar sus diferencias mediante los medios pacíficos recogidos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. En la mentada Carta se presenta una lista no taxativa de medios de solución de conflictos, entre los que destacan la mediación, la conciliación, la negociación, el arbitraje y el arreglo judicial; de ellos sólo el arbitraje internacional y el arreglo judicial son métodos de heterocomposición (Guarderas, 2015) y como tales permitirían hablar de una aplicación del artículo 62; las soluciones alcanzadas por el resto de métodos implican el mutuo acuerdo de las partes y se excluyen de dicho artículo.

Llegado el caso de que, doce meses luego de la formulación de la objeción aún no se haya conseguido una solución, la Convención en su artículo 66 prevé: “Cualquiera de las partes...podrá iniciar el procedimiento indicado en el Anexo de la Convención

presentando al Secretario General de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto” (Convención de Viena, 1969, p.460). Este procedimiento desarrollado en el Anexo al que se hace referencia es una amigable composición, un método de autocomposición que como ya se dijo no permite aplicar el artículo 62, tal como lo confirma el numeral 6 del Anexo de la siguiente forma:

El informe de la Comisión, incluidas cualesquiera conclusiones que en él se indiquen en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho, no obligará a las partes ni tendrá otro carácter que el de enunciado de recomendaciones presentadas a las partes para su consideración, a fin de facilitar una solución amistosa de la controversia (Convención de Viena, 1969).

En conclusión, comparto el criterio de que la Convención de Viena no establece un procedimiento claro para la aplicación del artículo 62 (Abello, 2006, p.222), puesto que no se determina de manera específica cuándo la controversia pasa a ser conocida por un tercero distinto a los Estados partes del tratado. En ese sentido, cabe afirmar que el artículo 62 de la Convención es una norma sustantiva, no adjetiva, y que para la resolución de la controversia cuya aplicación exige, se deberá analizar cada caso de manera individual.

Aquí concluye el análisis teórico del primero de los dos elementos a comparar en la presente disertación. En el tercer capítulo se analizarán los casos que en la práctica se han presentado como cambios fundamentales en las circunstancias ante tribunales internacionales, para así tener un parámetro de aproximación a la experiencia ecuatoriana del siglo XXI. Corresponde ahora, en el capítulo 2, el estudio teórico del segundo de los elementos, el poder constituyente originario de simple organización. Conocidas su naturaleza, características, y las distintas concepciones que sobre él existen, será posible conocer si su ejercicio y las consecuencias que trae, específicamente en el Ecuador, puede ser calificado como un cambio fundamental en las circunstancias, capaz de provocar la terminación de instrumentos internacionales.

## Capítulo II

### 2. El poder constituyente originario como cambio fundamental en la estructura jurídica del Estado

#### 2.1. Constitución como fundamento del Estado

##### 2.1.1. Desarrollo histórico y concepto (ideal, ontológico y formal)

Al término del capítulo anterior se dijo que uno de los elementos del ejercicio de comparación que este trabajo supone es el poder constituyente; para tal efecto, corresponde en primer lugar determinar qué es una Constitución.

El primer factor por considerar al momento de formular un concepto de Constitución es que históricamente no ha existido un consenso al respecto, sino que éste ha ido evolucionando y variando a la par con la sociedad. Así lo resalta Schmitt al decir:

Cuando adquieren influjo partidos con opiniones y convicciones contradictorias, se manifiesta su fuerza política en que prestan a los conceptos- imprecisos por necesidad- de la vida del Estado, tales como libertad, derecho, orden público y seguridad, su contenido concreto. Es explicable que libertad en el sentido de una ordenación social burguesa apoyada en la propiedad privada, significa cosa distinta que en el sentido de un estado regido por un proletariado socialista...Por eso son posibles tantos conceptos de libertad y Constitución como principios y convicciones políticos (2015, pp.76-77).

El autor Naranjo (2006) presenta el desarrollo que ha tenido la concepción de Constitución a lo largo de la historia, desde Grecia hasta el siglo XX. En su repaso histórico, se encuentran distintos conceptos, pero tanto él como Schmitt (2015) y Salgado Pesántez (2012) reconocen que es a partir de la Revolución Francesa que se genera una concepción uniforme de Constitución ampliamente difundida, al punto que García Pelayo llega a firmar que “el concepto de Constitución...trata de ser monopolizado por una determinada tendencia” (1948, p.63).

Efectivamente, Schmitt confirma que dentro del “proceso histórico de la Constitución moderna ha prosperado tanto un determinado concepto ideal que, desde el siglo XVIII, sólo sean designadas como constituciones aquellas que correspondían a las demandas de libertad burguesa y contenía ciertas garantías de dicha libertad” (2015, p.77). Así también lo hace Naranjo al mencionar que “la Revolución Francesa, continuando la idea americana, asimiló la Constitución a una determinada forma de organización política:

aquella que garantiza las libertades individuales, trazando límites a la actividad de los gobernantes” (2006, p.334).

Esta concepción dominante de la Constitución ha logrado que, en general, el moderno Estado de Derecho cuente con Constituciones que tienen básicamente dos partes, diferenciadas según la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>46</sup>: una orgánica, en la que se organiza el poder del Estado bajo la fórmula de la división de poderes; y una dogmática, en la que básicamente se formulan los derechos y garantías de los ciudadanos. Es decir, durante los últimos dos siglos la forma dominante del Estado de Derecho liberal burgués ha creado desde sus Constituciones “una organización del Estado desde un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado; protección del ciudadano contra el abuso del poder del Estado” (Schmitt, 2015, p.80).

Como se mencionó, la concepción liberal dominante ha llevado a pensar que Constitución sólo puede ser una, y que el Estado que no cumpla con aquellos cánones liberal-burgueses, sencillamente no tiene Constitución. No comparto tal concepto, al contrario, me adhiero al criterio de Burdeau, quien distingue “entre lo que es un Estado constitucional y lo que es un Estado dotado de Constitución, ya que...todo Estado posee Constitución (citado por Naranjo, 2006, p.337). Coincido en que la concepción liberal tiende, a través de la Constitución, a la protección de derechos individuales y la limitación del poder estatal, pero considero que, si un Estado cuenta con una Constitución distinta, no por ello es menos Estado o su Constitución es menos Constitución. Dado que el objeto de este trabajo es determinar qué es la Constitución más allá de las distintas y relativas concepciones históricas, es menester encontrar ese concepto fuera de la concepción liberal dominante, con el fin de que pueda ser de aplicación general.

Como ejemplo de Constitución en sentido no-ideológico, es decir aplicable más allá de la concepción liberal, está la idea de Aristóteles de que ésta es “el ordenamiento de la ciudad, de las diversas magistraturas y sobre todo de la autoridad suprema, pues en todas partes el gobierno de la ciudad es la autoridad suprema y ese gobierno es la constitución” (2005, p.189). Como el filósofo griego, varios autores han sabido plasmar lo que la Constitución es en principio; así por ejemplo Marx, al decir que “la Constitución es la organización del Estado como modo de existencia y actividad de las cualidades sociales de los hombres”

---

<sup>46</sup> “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución” (DDHC, 1789, art.16)

(citado por Naranjo, 2006, p.335). Burdeau (citado por Salgado Pesántez) tiene a la Constitución por “el estatuto del Poder” (2012, p.48); Schmitt la define como “decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma... que fija la existencia política en su concreta forma del ser” (2015, p.58)<sup>47</sup> y Salgado Pesántez la concibe como “acto jurídico fundamental que determina la organización del Estado y reglamenta el ejercicio del poder, estableciendo un régimen de garantías” (2012, p.48).

Además de esta concepción ontológica, existe una concepción positiva de la Constitución, no contraria a la anterior, pero que sí enfatiza en la calidad de norma de ésta, y que se relaciona, según Hegel, con “la idea de un código superlegal que ordena coercitivamente la composición y las tendencias de desarrollo de la estructura dominante de poder, o sea a la organización del Estado (citado por Naranjo, 2006, pp.334-335). En ese sentido, Constitución es para García de Enterría “un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía<sup>48</sup>, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder de la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos” (citado por Naranjo, 2006, p.335); Oyarte la define como “texto solemne a través del cual es organizado el poder del Estado por medio de sus instituciones políticas y en el que se establece el régimen de garantías de los derechos fundamentales” (2014, p.1).

Dentro de esta concepción formal de la Constitución, algunos doctrinarios enfatizan en que la Constitución es el texto fundamental de un Estado porque define las fuentes que desarrollarán su normativa; así, García de Enterría sostiene que “la constitución define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución una ley será válida o un reglamento vinculante” (citado por Naranjo, 2006, p.400). En similar sentido, Borja (1971) afirma: “las normas constitucionales son normas de organización destinadas a fijar un orden de competencias con arreglo al cual se crea el derecho y se asegura su vigencia” (p.232). Esta puntualización se vuelve importante a la hora de analizar la supremacía constitucional y la unidad del ordenamiento jurídico estatal.

---

<sup>47</sup> Schmitt no incluye en su definición al reconocimiento de los derechos de los individuos, a causa de la distinción que hace entre Constitución y leyes constitucionales, que se analizará posteriormente

<sup>48</sup> El autor atribuye la titularidad del poder constituyente al pueblo, lo cual históricamente no siempre ha sido así; por ejemplo, en un régimen monárquico auténtico, el poder constituyente yace en la voluntad del monarca (Schmitt, 2015, p.60). El mismo autor menciona como ejemplo de ello, a todas las Constituciones alemanas previas a 1918 (2015, p.100)

Existe una idea, inherente a todos los conceptos expuestos, de que la Constitución debe estar por sobre el resto de normas que componen el ordenamiento jurídico del Estado, sin la cual carece de sentido hablar de “decisión fundamental” o “norma fundamental”. Corresponde pues, analizar brevemente la cuestión de la supremacía constitucional.

### 2.1.2. Supremacía constitucional

Antes de referirme a la noción de supremacía constitucional, es menester diferenciar entre las dos formas en que se manifiesta: formal y material.

La primera, según Naranjo (2006) “surge, fundamentalmente, del hecho de que sus normas han sido consagradas mediante procedimientos especiales, diferentes a los de la ley ordinaria, y de que para modificar esas normas se requiere igualmente de procedimientos especiales” (p.402). Es decir, la Constitución es suprema porque tanto su creación como modificación obedecen a procedimientos especiales, distintos a los del resto de normas. Dado que esta forma de supremacía es puramente procedimental, no me referiré a ella por no ser materia del presente trabajo.

La segunda, la supremacía material, se explica desde la pirámide jurídica de Merkl y Kelsen, su doble proceso de fundamentación y derivación, y la unidad del ordenamiento jurídico. Kelsen sostiene lo siguiente:

La norma que determina la creación de otra es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, es inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas se halla constituida por el hecho de que la creación de una norma-la de grado más bajo-, se encuentra determinada por otra-de grado superior-, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional (1969, p.146).

En síntesis, un ordenamiento jurídico estatal coherente requiere que sus normas “tengan un tronco común y ese tronco común es la constitución... Es suprema porque gracias a

ella queda organizado jurídicamente el estado, del cual deriva directa o indirectamente todo el ordenamiento jurídico” (Trujillo, 2006, p.143). El orden estatal debe partir de algún punto, y por ser la Constitución ese punto de partida es superior, en tanto la coherencia de toda disposición normativa viene dada por su conformidad con el texto constitucional, caso contrario se rompe con la unidad del sistema, y esa disposición contraria pierde validez, precisamente por apartarse del tronco común y ya no derivar de él. En palabras de Borja “lo importante es que el ordenamiento jurídico, en sus diferentes niveles, forme un solo cuerpo y que todas sus normas guarden perfecta concordancia con la norma fundamental” (1971, p.232). Esa unidad y concordancia sólo puede ser garantizada por la supremacía constitucional, por reconocer que la Constitución, al ser base de todo el ordenamiento, debe gozar de una posición jerárquica superior al resto de normas y así condicionar su validez; de lo contrario, éstas podrían contradecirla, pues normas de jerarquía similar no condicionan su validez entre sí. Salgado Pesántez expresa que “es fácil deducir que la Constitución es el fundamento sobre el cual se levanta la totalidad del orden jurídico y ella determina las condiciones de validez de todas las demás normas” (2012, p.49). De esta forma, la superioridad del texto constitucional viene a ser un presupuesto indispensable para la existencia de un orden jurídico coherente y unitario.

A esta noción de supremacía material algunos autores agregan otros elementos más específicos; así, por ejemplo, Naranjo escribe que la Constitución es suprema no sólo por ser el fundamento del orden jurídico, sino “por el hecho de llevar implícita toda una filosofía política que sirve de orientación no solo a los agentes del poder, sino a la conducta de los gobernados” (2006, p.400). Schmitt (2015), la expresa de esta manera: “La constitución del Estado es libre formación de la voluntad del Estado; la ordenación del Estado es ejecución orgánica de la voluntad así formada” (p.39).

Por último, Salgado Pesántez (2012), siguiendo a Burdeau, afirma que la superioridad constitucional viene dada por el hecho de que en ella se establecen los órganos con competencia normativa, es decir, las fuentes desde las cuales se podrá crear el Derecho del Estado. Consecuentemente, la Constitución<sup>49</sup> al establecer esas competencias, necesariamente es superior a los sujetos que las ejercen en virtud de ella.

---

<sup>49</sup> La noción de la supremacía constitucional no es ajena a nuestro Derecho positivo ecuatoriano; el Título IX de la Norma Fundamental explícitamente se llama “Supremacía de la Constitución”, y a lo largo del mismo se desarrollan sus consecuencias de aplicación, mencionadas las principales en este trabajo.

La cuestión de competencias normativas y sistema de fuentes formales creado por el texto constitucional suscita la cuestión siguiente, que es punto central de este capítulo, relativa a la creación de la Constitución. Corresponde entonces el análisis del poder constituyente originario, su concepto, naturaleza y teorías sobre su titularidad.

Cabe decir que, en el Ecuador, la primera Carta Política que recoge expresamente la cuestión de la supremacía constitucional es la Constitución Política de la República de 1897, en su artículo 132. La Constitución de 1830, por ejemplo, preveía en su artículo 5 que sus disposiciones se encontraban por debajo de los “pactos de unión y fraternidad que han de celebrarse con los demás Estados de Colombia”.

## 2.2. Poder constituyente originario de simple organización

### 2.2.1. Antecedentes

Como un concepto brevísimo y preliminar, el autor Oyarte dice respecto del poder constituyente originario que a través de éste "se ejerce la potestad de crear una Constitución" (2014, p.73).

Históricamente, el origen de la Constitución (con tal denominación) se halla en la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, la cual, a diferencia de otros textos que sirven de antecedentes al constitucionalismo, no es concedida por un monarca ni pactada con él, sino que es el pueblo mismo quien se la da, manifestado esto en la fórmula del preámbulo "Nosotros el Pueblo de los Estados Unidos...decretamos y establecemos esta Constitución"<sup>50</sup> (Constitución de los Estados Unidos de América, 1787).

No obstante la indiscutible novedad de dicho texto norteamericano, la doctrina atiende más al fenómeno de la Revolución Francesa del siglo XVIII a la hora de establecer los orígenes teóricos de la doctrina del poder constituyente, en tanto "a las constituciones americanas del siglo XVIII les falta una teoría constitucional propia" (Schmitt, 2015, p.127). Esta afirmación se sustenta sobre todo porque es a Emmanuel Sieyés, teórico de la Revolución, a quien se le atribuye la conceptualización del poder constituyente como tal, y sobre todo, como un poder ejercido por una colectividad<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> *We the People of the United States...do ordain and establish this Constitution*

<sup>51</sup> “Durante la Revolución Francesa desarrolló Sieyés la doctrina del pueblo (más exacto: de la nación) como sujeto del poder constituyente” (Schmitt, 2015, p.126)

Schmitt (2015) ubica en Francia la teorización del poder constituyente fundamentada de la siguiente forma, que conviene transcribir íntegramente:

En la declaración americana de independencia de 1776 no puede reconocerse con completa claridad el principio completamente nuevo, porque aquí surgía una nueva formación política, coincidiendo el acto de dar la Constitución con el de la fundación política de una serie de nuevos estados. Otra cosa ocurre con la revolución francesa de 1789. Aquí no surgía una nueva formación política, un nuevo Estado. El Estado francés existía de antes, y seguía existiendo. Aquí se trataba tan solo de que los hombres mismos fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo y forma de su propia existencia política. Cuando se suscitó ahí conscientemente, y fue contestada, la cuestión del poder constituyente, aparecía mucho más clara la fundamental novedad de tal fenómeno. Un pueblo tomaba en sus manos, con plena conciencia, su propio destino, y adoptaba una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política (p. 126).

La realidad hispanoamericana, respecto de la francesa y estadounidense, se encuentra en una suerte de punto intermedio. Por un lado, comparte con los Estados Unidos el hecho de que el ejercicio del poder constituyente originario, en cada uno de sus Estados respectivamente, fue de carácter fundacional, dado que antes todos fueron colonias europeas. Por otro lado, estos procesos constituyentes tuvieron lugar todos en el siglo XIX, y por lo tanto fueron capaces de nutrirse de la teoría desarrollada luego de la Revolución Francesa. Buen ejemplo de ello es el Ecuador, sobre todo en lo relativo al desarrollo histórico de la cuestión de la titularidad del poder constituyente: desde 1830 hasta 1861 (art.16.-fin del voto censitario) prima la teoría de soberanía nacional (ratificada en los preámbulos de las constituciones); en el preámbulo de la Constitución de 1869 ya se menciona la aprobación popular de su texto, y la soberanía popular queda establecida definitivamente en la Constitución de 1884 con el fin del sufragio censitario (arts. 44-49-89)<sup>52</sup>.

La mencionada explicación da paso a la distinción teórica que se ha hecho dentro del poder constituyente, cuya mención es fundamental para el presente trabajo de investigación, que es entre el surgimiento de un Estado (y consecuentemente su ordenamiento jurídico) y la creación de una Constitución en un Estado ya existente.

---

<sup>52</sup> No hay que desconocer la exclusión de la mujer del sufragio hasta 1929 (entendido éste como canal de manifestación de la soberanía)

### 2.2.2. Poder constituyente originario: fundacional y de simple organización

Como se mencionó líneas arriba, para abordar el poder constituyente primero se debe “distinguir el acto por el que el pueblo se da a sí mismo una constitución de la fundación del Estado mismo” (Schmitt, 2015, p.94). Esta distinción es necesaria por las características propias de cada uno de los actos mencionados.

El jurista ecuatoriano Trujillo define al poder constituyente originario fundacional como “poder que funda, erige o constituye un Estado y luego dicta las normas que lo organizan jurídicamente, determina la forma de Estado y la forma de gobierno que adopta... le fija las normas con arreglo a las cuales ha de organizarse y funcionar” (2014, p.74). Al hablar de esta forma del poder constituyente originario, es difícil encontrar una teoría constitucional uniforme, tal como lo dice Schmitt, precisamente porque aquí se está creando un nuevo Estado. Más atención se presta a las formas de nacimiento del nuevo Estado, que al hecho de que éste cree una Constitución y un ordenamiento jurídico, justamente por el hecho de que esa será una decisión que tome el titular del poder constituyente, a la cual difícilmente se le pueda imponer limitaciones jurídicas. Si bien existen ciertas limitaciones implícitas que un nuevo Estado debe aceptar si es que quiere ser reconocido como parte de la corriente del constitucionalismo liberal, no es menos cierto que es posible la creación de un nuevo Estado no constitucional, en el que la forma de gobierno sea una monarquía absoluta, no exista texto constitucional y no se reconozcan ni garanticen todos los derechos que la teoría del constitucionalismo ha construido por siglos.

En definitiva, el poder constituyente originario fundacional lleva a la creación de un Estado, pero a partir de allí se abre un abanico muy grande de posibilidades en cuanto al ordenamiento jurídico que pretenda crear, dado que no necesariamente quien ejerza ese poder está obligado a adoptar los principios de la democracia o del liberalismo. A partir de la creación de ese nuevo Estado, se creará un ordenamiento jurídico que le corresponda.

Ahora bien, el poder constituyente originario de simple organización, que es el que interesa al presente trabajo, es distinto, puesto que “admite la preexistencia del Estado” (Trujillo, 2014, p.75). Esta diferencia es de capital importancia, ya que admitir la preexistencia del Estado implica admitir la existencia (no la obligatoriedad) de su ordenamiento jurídico. Así, la idea básica detrás de los distintos conceptos propuestos por

la doctrina para el poder constituyente originario de simple organización, es que para el ejercicio de este poder “el Estado ya está constituido, y actúa en el ámbito de esa constitución” (Naranjo, 2006, p.375). Dicho eso, se comprende perfectamente al autor Oyarte, quien menciona que, sin limitaciones positivas, el poder constituyente originario sí tiene “límites: la elaboración o reforma de una constitución” (2014, p.110).

Considerando el concepto preliminar al inicio de este capítulo, junto con la idea base expresada, desde la doctrina se ha conceptualizado a esta forma del poder constituyente de similares maneras. Para el autor Linares Quintana, “el poder constituyente es la facultad inherente a toda comunidad soberana de darse su ordenamiento jurídico y guion político fundamental originario por medio de una constitución, y de reformar este total o parcialmente cuando sea necesario” (1970, p.439). Por su parte, Bidart Campos menciona que “el poder constituyente se ejercita para establecer un orden constitucional, o para modificarlo. Y se ejercita con legitimidad o sin ella, por individuos que detentan su titularidad o su uso” (citado por Naranjo, 2006, pp.379-380). Para Oyarte (2014) “poder constituyente consiste en la suprema facultad del pueblo sobre sí mismo para darse una organización política y un ordenamiento jurídico que regula y determina esa organización política” (p.95).

En términos generales, puede concluirse que el poder constituyente originario de simple organización consiste en la facultad de crear una constitución como principio de validez del ordenamiento jurídico estatal, ejercida por aquel sujeto que tenga su titularidad de acuerdo con las distintas circunstancias políticas e históricas<sup>53</sup> de cada Estado.

No obstante ese acuerdo doctrinario respecto del concepto actual, a lo largo de los años han surgido distintas teorías que explican al poder constituyente originario. Si bien estas teorías, como ya se mencionó, coinciden en lo que el poder constituyente crea, pueden diferir entre sí; esto se debe a que, como el poder constituyente es supraconstitucional, el determinar su naturaleza, origen o titularidad, resulta un problema ya no jurídico, sino político dado que la respuesta a esa interrogante no se encuentra en el Derecho positivo. Tal como indica la doctrina, “su fundamento es de carácter trascendente al orden jurídico positivo” (Sánchez, citado por Naranjo, 2006, p. 363). Corresponde entonces analizar brevemente las distintas teorías relativas a la naturaleza este poder.

---

<sup>53</sup> En adelante, cuando se mencione al poder constituyente, deberá entenderse que me refiero al poder constituyente originario de simple organización.

### 2.2.3. El poder constituyente en la doctrina

Desde la doctrina se han propuesto dos formas de estudiar la teoría del poder constituyente, una mayoritaria que reviste un carácter más histórico, y otra que le otorga más importancia al estudio de la naturaleza de este poder.

La primera propuesta implica una revisión histórica de la titularidad del poder constituyente. Löwenstein (citado por Oyarte, 2014) afirma que “la titularidad del poder constituyente originario, al no estar sometido a normas de Derecho positivo, está determinada por normas supra positivas (por ello es un problema político) (p.80)”. De esto se desprende que, a lo largo de la historia, no exista uniformidad respecto a quién detenta este poder, pues “la titularidad es un elemento contingente e indudablemente puede ser el asignado a cualquiera” (Quinzio citado por Oyarte, 2014, p.80). Así también lo confirma Naranjo al escribir “el poder constituyente ha pasado por todos los aspectos que la autoridad ha revestido entre los humanos” (2006, p.377). En definitiva, cualquier teoría sobre la titularidad del poder constituyente no es sino un producto histórico.

Desde la perspectiva histórica, para Schmitt (2015) la titularidad del poder constituyente ha correspondido a “dos sujetos... príncipe y pueblo” (p.137). Coinciden con este criterio Trujillo (2014) quien habla de teorías monocráticas y de sujeto colectivo, y Vanossi (citado por Naranjo, 2006), quien se refiere a la titularidad unipersonal y colectiva pero también resalta la existencia de “etapas intermedias de reacción, una titularidad compartida” (p.378).

Lo más práctico es repasar brevemente las teorías monocráticas, cuya vigencia en la actualidad es casi nula, y luego analizar las teorías no-históricas, formuladas todas en la época en que imperan las teorías del sujeto colectivo.

#### 2.2.3.1. Teorías Monocráticas

##### 2.2.3.1.1. Teoría Teocrática

Desde la Edad Media, e incluso hasta la Edad Moderna, no se puede desconocer la enorme influencia que la religión, y en Occidente la Iglesia Católica, tuvo sobre el pensamiento político. Se plantea que en ese tiempo “por influencia de los pensadores y humanistas religiosos, era general la creencia de que Dios era el único titular del poder constituyente” (Naranjo, 2006, p.377). Lo anterior es cierto, pues “la secularización del concepto de poder constituyente es más tardía” (Schmitt, 2015, p.126). Según Oyarte (2014), esta

teoría sostiene que “es Dios quien tiene el poder superior, y toda norma que es dictada por los hombres debe estar en conformidad con los mandatos divinos” (p. 82). Salta a la vista la incompatibilidad de esta teoría con la realidad del constitucionalismo contemporáneo laico, por lo que no contiene ninguna ventaja para la presente investigación, principalmente porque las normas emanadas de la voluntad divina sólo tienen

aplicación práctica en los Estados teocráticos, como Irán por ejemplo...Todas las Constituciones que han regido en el Ecuador han reconocido la soberanía popular- cuando lo han hecho en la nación lo realizan como sinónimo de pueblo-, por lo que no se ha planteado esta posibilidad (Oyarte, 2014, p.83).

#### 2.2.3.1.2. Teoría Absolutista

De acuerdo con Trujillo (2014), ésta teoría tiene al rey o emperador como sujeto titular del poder constituyente. Schmitt explica su funcionamiento así: “La actividad del poder constituyente del monarca se regula a sí misma. El rey manifiesta su poder constituyente emitiendo, desde la plenitud de su poder, una constitución, otorgada por acto unilateral” (2015, p.131).

Que la Constitución *se otorgue* genera un inconveniente, y es que podrá obligar a los súbditos del monarca, pero no lo obliga a él mismo; él les crea una Constitución, pero al otorgarla, reconoce que ésta no le vincula. Bien señala Oyarte que “para el monarca la ley es un instrumento imprescindible, pero es libre y soberano respecto de ella” (2014, p. 81).

Evidentemente esta teoría es incompatible con el constitucionalismo y con los conceptos que lo informan como limitación de poderes o responsabilidad, ya que el monarca como es soberano, según Oyarte "al mantener todos los poderes los ejerce sin restricción, no existen otros órganos de poder público y por tanto no existen instituciones de control...no existe tampoco responsabilidad objetiva" (2014, p. 82). Lo anterior es una consecuencia de que, como bien señala Tobar Donoso "la doctrina de la soberanía real atribuye la soberanía a uno de los elementos del Estado: la autoridad y le concede facultades omnímodas" (citado por Oyarte, 2014, p.82).

Además de lo anterior, se plantean dos inconvenientes más, uno histórico y otro político. En primer lugar, ya en Francia “la teoría de un poder constituyente del rey fue sostenida ocasionalmente y sin éxito en la asamblea constituyente de 1789” (Schmitt, 2015, p.129),

es decir, que cuenta con más de doscientos años de rechazo político. En segundo lugar, Schmitt resalta que tener al monarca y sus descendientes como sujetos del poder constituyente limita la capacidad de adaptación y cambio del Estado como organización. Lo formula de la siguiente manera:

La nación puede cambiar sus formas y darse siempre nuevas formas de su existencia política; tiene la entera libertad de autodeterminación política, puede ser lo que, aforme, forma. La monarquía hereditaria, por el contrario, es una institución ligada al orden sucesorio de una familia, y, por tanto, formada ya en sí misma. Una dinastía no puede ser considerada, como el pueblo o la nación, basamento de toda la vida política (2015, pp.129-130).

#### 2.2.3.2. Teorías del Sujeto Colectivo

Una vez tratadas las teorías monocráticas, es momento de analizar las teorías de titularidad colectiva, dentro de las cuales se han formulado las teorías que explican el poder constituyente más allá de la cuestión de su titularidad.

Dentro de esta corriente, surgida a fines del siglo XVIII, se distingue un momento inicial en que la soberanía radicaba en la nación entendida como la burguesía con intereses económicos homogéneos, y otro momento que perdura hasta hoy, en el cual se consagra la soberanía popular, reconociéndose así al pueblo como soberano y titular del poder constituyente, sin distinción de clase alguna.

Las teorías que a continuación se exponen se circunscriben en uno de esos dos momentos, pero profundizan en temas distintos al de la titularidad, y por eso constituyen una propuesta distinta a la primera, la histórica, analizada. En virtud de lo anterior, se dejará de lado la propuesta histórica sobre la titularidad, no sin antes mencionar que las cuestiones de la soberanía nacional y popular sí serán tratadas. Todo esto con el afán de no caer en excesiva redundancia. Se concluye mencionando las razones por las que la adhesión a una de las doctrinas es conveniente para el presente trabajo de investigación, considerando el futuro ejercicio de comparación que se hará entre el poder constituyente y la cláusula *rebus sic stantibus*.

##### 2.2.3.2.1. Teoría Racional-Ideal

Esta teoría surge en el preámbulo de la Revolución Francesa en 1788, recogida por el abate Emmanuel Sieyès en su obra *Qué es el tercer Estado*, destinada a los diputados

burgueses convocados por el rey Luis XVI a los Estados Generales de 1789 (Naranjo, 2006). Es importante mencionar el contexto histórico en que el autor concibe la teoría, puesto que para ese entonces ya se habían formulado los conceptos de *contrato social*, *separación de poderes*, *el Estado como suma de fuerzas particulares*, y “Sieyés desarrolla la línea de pensamiento de Locke y Montesquieu, y complementa la tesis de Rousseau” (Naranjo, 2006, p.366). Lo anterior es relevante, porque indica que los planteamientos de Sieyés incorporan ya las tesis de Hobbes, Locke y Rousseau, relativas al Estado como multitud de hombres que pactan su unión; al estado de naturaleza en que vive el hombre y por el cual decide asociarse con sus semejantes para contrarrestar las amenazas que ese estado conlleva; y al contrato social como *acto constituyente* de la asociación llamada Estado respectivamente (Naranjo, 2006).

Con los conceptos posteriores en su acervo intelectual, a Sieyés se le atribuye la distinción entre poder constituyente y poder constituido; él afirma:

La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural...Las leyes fundamentales no pueden hacerse independientes de la voluntad nacional...En cada parte, la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ningún poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación (citado por Naranjo, 2006, p. 366).

Del análisis de la cita anterior se comprende el nombre de la teoría, en tanto ésta plantea que la nación es quien tiene el poder para organizarse a sí misma con una Constitución, pero sus dictados no pueden contravenir a los dictados del derecho natural, y ese derecho es, desde la óptica de la filosofía del Derecho y para la concepción iusnaturalista, derivado "de Dios o de la razón" (Bobbio, 2017, p.72), y por lo tanto perfecto, ideal y siempre justo. De esta correspondencia entre la Constitución como expresión de la voluntad nacional y el Derecho Natural se deriva que las disposiciones constitucionales sean leyes fundamentales "no en el sentido de que pueden hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen u actúan por ella no pueden tocarla" como afirma Sieyés (citado por Naranjo, 2006, p.366).

Si bien el valor de la teoría racional-ideal reside en el haber sido la precursora del concepto de poder constituyente, ésta presenta algunas desventajas. En primer lugar, Sieyés habla de la soberanía de la nación, pero su nación la conforman sólo quienes reúnen los requisitos y superan las restricciones para ser ciudadanos; a su vez, esos

ciudadanos eligen unos representantes, “por lo tanto, el parlamento es el soberano” (Oyarte, 2014, p.88). Si bien tiene sentido esta concepción de nación en el siglo XVIII en el que la burguesía pugnaba por reemplazar al poder monárquico, actualmente resultaría muy complicado adherirse a ésta, sobre todo por normas que obligan a descartarla y consagrar la igualdad en el ámbito y civil y político de todas las personas, como lo formula por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>54</sup>.

El autor Trujillo (2014) explica la exclusión y discriminación de clases que la aplicación de la teoría de Sieyès supuso en el proceso francés revolucionario que encumbró a los burgueses, pero no mejoró la situación del pueblo llano:

Reducida la nación a la burguesía era obvio que esta terminara por organizar al Estado de conformidad con sus intereses y que, una vez lograda esa organización con la alianza con las que podríamos llamar "clases populares", tratara de conservarla, incluso con el entendimiento con sus iniciales adversarios, es decir la nobleza, en cuanto aceptara compartir el poder y renunciara volver al "*ancien régime*" (p.53).

En segundo lugar, dado que la teoría se sustenta en los postulados del Derecho Natural, surge la cuestión de cuáles son esos postulados<sup>55</sup>. No obstante, ese no es el problema principal, sino que, siguiendo el orden lógico en que se plantean los postulados de esta teoría, se llega a la conclusión de que la Constitución es perfecta. Lo anterior se deduce de la afirmación de Sieyès de que el poder constituyente originario se ejerce con arreglo al Derecho Natural, y dado que éste es perfecto y siempre justo, se entiende que el producto de la voluntad de la nación, manifestada a través del ejercicio del poder constituyente originario cuyo producto es una Constitución, es de igual manera ideal y justo, en tanto no puede contradecir al Derecho Natural del cual proviene.

Tal concepción plantea un severo problema para la presente investigación, porque supone aceptar la perfección de la Constitución; la aceptación del Derecho Natural como tal no es materia del presente trabajo, pero pretender trasladar las cualidades de ese orden superior a las Constituciones resulta forzado en cierta manera, en tanto desde tiempos del

---

<sup>54</sup> “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto” (PIDCP, 1966, art.3)

<sup>55</sup> Terán (2005) afirma: No será posible encontrar un derecho natural y principios o reglas de derecho con contenido permanente para resolver casos concretos, sino sólo como principios o reglas universales no aptas para resolver los casos concretos, sólo como inspiradoras del derecho positivo (p.229)

mismo Sieyès se reconoce a la Constitución como producto de un acto<sup>56</sup>, y en tal sentido un acto humano y por tanto imperfecto o perfectible. Lo mencionado supone un problema en la medida en que, bajo esta teoría, no tendría sentido analizar al poder constituyente originario y a la Constitución desde un punto de vista crítico, ya que no se podría criticar a éstos por ser perfectos, y lo único posible sería una crítica desde la Constitución al Derecho Internacional, lo cual no pretende ser el objeto de la presente investigación.

#### 2.2.3.2.2. Teoría Fundacional-Revolucionaria

Luego de la Revolución Francesa, surge la teoría planteada por Maurice Hauriou que “no puede considerarse antagónica a la de Sieyès, pero sí dotada de particular originalidad” (Naranjo, 2006, p. 367). Se asemeja a la teoría de Sieyès, en tanto Hauriou también plantea que el poder constituyente “le pertenece a la nación<sup>57</sup>...no lo puede ejercer directamente, como no puede ejercer los demás poderes; se ejerce, pues, por medio de representantes en nombre de la nación” (1927, pp.317-318).

Si bien dichos postulados asemejan a ambas teorías, la de Hauriou recibe su originalidad del carácter “revolucionario” que el jurista francés le atribuye a lo que él llama la “operación constituyente que supone un poder fundador y un procedimiento de fundación” (1927, pp.314-315).

Para Hauriou, la operación reviste de dos características fundamentales (1927):

1. El establecimiento o la revisión de las Constituciones es frecuentemente un hecho revolucionario en la forma, y lo es siempre en el fondo
2. Es una apelación al derecho revolucionario, o sea al derecho de autonomía de la libertad primitiva. (pp.310-311)

Respecto al primer punto, el autor menciona que, en la forma, la mayoría de Constituciones son el fruto de un golpe de Estado o de una revolución; la revisión pacífica de una Constitución es la excepción a la regla. Pero respecto al fondo, para Hauriou el proceso de crear una nueva Constitución es siempre revolucionario porque “se opera con la participación de la soberanía nacional” (1927, p.311)

---

<sup>56</sup>Anteriormente se mencionó que Rousseau, en cuyos conceptos se apoya Sieyès, habla de un *acto constituyente*

<sup>57</sup> Hauriou, al igual que Sieyès, deja abierto al concepto de nación, precisamente para identificarlo únicamente con una clase social en específico (la burguesía) y que no sea un sinónimo de pueblo entendido como la colectividad sin distinciones socio-económicas.

En cuanto al segundo punto, para el teórico galo, que la operación sea revolucionaria "no significa que se realice sin derecho, como un puro hecho histórico; significa que apela a un derecho revolucionario que subsiste bajo la legitimidad del Derecho del Estado" (1927, p. 311)

Si bien Hauriou resalta muy bien el carácter extraordinario del poder constituyente, presenta una desventaja para la presente investigación, y es que al apelar al "derecho revolucionario", no se define precisamente quién lo ejerce; evidentemente para el autor lo ejerce la nación, pero bajo la concepción del autor, la nación obra de manera distinta al Estado, lo cual genera dificultades a la hora de determinar cuál de ellos actuaría en el ámbito del Derecho Internacional. Y, en segundo lugar, la característica de "revolucionario" tiene implicaciones de ser cambio abrupto e incluso violento, lo cual niega que el poder constituyente pueda ejercerse de manera pacífica, como acto extraordinario sí, mas no como disrupción violenta o repentina del orden constitucional. De ello da cuenta, por ejemplo, el llamado poder preconstituyente, del que se hará breve referencia más adelante.

#### 2.2.3.2.3. Teoría Normativista

Esta teoría tiene como exponente a Hans Kelsen, quien se adhiere al iuspositivismo y es consecuentemente contrario a los planteamientos de Sieyès por encontrar las limitaciones del poder constituyente en el derecho natural. Según esta línea de pensamiento

es puro derecho natural justificar el planteamiento de la reforma ante una asamblea constituyente elegida al caso, o directamente ante el pueblo, afirmando que solo al pueblo compete la enmienda constitucional, porque él constituye la fuente última de todo derecho (Linares Quintana, 1976, p. 406).

Es decir, la teoría normativista no acepta los planteamientos sobre la validez del poder constituyente como expresión de la voluntad general (sea desde la óptica de la soberanía nacional o la soberanía popular). Kelsen no se interesó por la cuestión de la naturaleza del poder constituyente, su relación con la política o su titularidad; desde su posición, "el aspecto técnico-jurídico es el único tópico que hace referencia al poder constituyente" (Oyarte, 2014, p. 78). En palabras del mismo autor austriaco "la doctrina del *pouvoir constituant* no puede tener otro sentido que el de poner dificultades a la modificación de las normas que fundamentan ciertos casos del Derecho positivo" (Kelsen, 1979, p. 331). Lo anterior, dicho en otras palabras, sencillamente implica que

El poder constituyente desde un punto de vista técnico-jurídico se sintetiza en el órgano especial, o con atribuciones especiales, que se prevé para elaborar una constitución y para reformar la ya existente de acuerdo a los procedimientos dificultados que se encuentran establecidos en la misma Carta Suprema (Oyarte, 2014, p.78).

Una cuestión que surge de la naturaleza de la Constitución y del poder constituyente es el cómo adaptarla al principio de unidad y validez de las normas y al doble proceso de aplicación y creación (Salgado Pesántez, 2010, p.58). Al ser la Constitución la norma que le da unidad y validez a un ordenamiento jurídico, resuelve esa cuestión para las normas inferiores, pero hace nacer el problema para sí misma, puesto que no hay norma en la cual se pueda fundamentar la Constitución para encontrar su validez, ni hay norma cuya aplicación cause la creación de la Constitución. Según Salgado Pesántez (2012) Kelsen encuentra la solución a esa cuestión sosteniendo que “la *norma hipotética fundamental*, en la que se basa en último término, la validez de la Constitución no tiene un determinado contenido, no expresa quién es el *soberano* o titular del poder constituyente. Este puede corresponder a cualquiera: tanto al autócrata como al pueblo” (p.55).

Respecto a la última cita, Linares Quintana defiende que “aceptarla implicaría echar abajo el constitucionalismo, y con él todo el edificio del derecho constitucional” (1953, p.118).

Esta teoría presenta desventajas respecto a planteamientos más modernos, puesto que la doctrina contemporánea reconoce que “el poder constituyente encuentra su fundamento en sí mismo” (Hernández Valle, citado por Oyarte, 2014, p. 108). Esto tiene sentido, ya que, como bien señala Oyarte (2014)

el ejercicio de este importante poder supremo dentro del ordenamiento jurídico positivo, al significar una situación de hecho y al no depender o someterse a normas jurídicas positivas, y al implicar el ejercicio de un poder nuevo y original es siempre válido: sencillamente esta norma anterior no existe, no hay precepto al que se pueda cotejar este ejercicio (p.107).

Prieto Sanchís (1981) también aborda la cuestión de la validez constitucional de esta manera, y el problema de abordarlo como cuestión jurídica:

El Derecho positivo... no puede conferir efectivamente el poder y la posibilidad de ejercitarlo, siendo el uno y la otra de naturaleza política y no jurídica; de manera que la validez de las disposiciones constitucionales queda subordinada, por la propia naturaleza de su contenido, a su capacidad de traducirse en acto y a la efectiva

subsistencia y permanencia del poder político en el que se reconoce la capacidad jurídica de poseerlo (p.209).

Hay que decir que Kelsen no se equivoca al reconocer que el tema de la naturaleza del poder constituyente y su titularidad es eminentemente político, como ya se ha reiterado en este trabajo, más no por ello considero correcto desestimar ese estudio para limitarse a las dificultades procedimentales que el ejercicio del poder constituyente supone. Por ello, concuerdo en que “el enmarcar al poder constituyente como una cuestión solo formal, de técnica jurídica, es limitar la idea del poder constituyente, es quitarle su carácter de poder (como facultad y capacidad de obligar)” (Oyarte, 2014, p.79).

#### 2.2.3.2.4. Teoría Materialista

Esta, más que una teoría jurídica, es una teoría sociológica del poder constituyente formulada por Ferdinand Lasalle, equiparable según Naranjo (2016) a los “términos de la relación marxista entre infraestructura y superestructura” (p.372)<sup>58</sup>. Antes de plantearse qué es una Constitución y consecuentemente qué es el poder constituyente, Lasalle construye una definición de los “factores reales de poder”.

Para el teórico prusiano, los factores reales del poder son “los intereses y decisiones de las fuerzas sociales en que los gobernantes se apoyan, que proveen de los medios para que funcione el Estado e imponen el comportamiento socialmente aceptado” (Trujillo, 2014, p.57). Trujillo (2014) continúa desarrollando la tesis de Lasalle, mencionando que los factores reales de poder no son estáticos, sino que varían según la sociedad y época en que se los analice; para el autor ecuatoriano, esta tesis prusiana está muy relacionada con los diferentes movimientos políticos y sociales que se vivían respectivamente en Francia y Prusia luego de la derrota definitiva de Napoleón III y el ascenso del Káiser en Alemania.

Con esta definición, Lasalle distingue entre Constitución *real* y Constitución *de papel*, siendo la primera la que toma en consideración a los factores reales del poder, la segunda tan solo aquella que existe como norma jurídica pero no los considera y merece su nombre porque, en palabras de Lasalle “de nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, si

---

<sup>58</sup> Trujillo (2014) por su parte niega rotundamente esta equiparación, y menciona que las concepciones de Lasalle no solo que estaban apartadas, sino enfrentadas con Marx.

no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder” (citado por Naranjo, 2006, p.372)<sup>59</sup>.

Así pues, respecto al poder constituyente según Lasalle, Trujillo afirma que

El poder constituyente radica en los factores reales y efectivos de poder y como la Constitución que vale es la que los tiene en cuenta, se deduce que cuando nuevos factores se incorporan al poder o cuando otros factores desplazan a los antiguos se necesita de una nueva Constitución que recoja esas transformaciones, pero si esos factores siguen siendo los mismos de antes, la sociedad no necesita una nueva Constitución (2014, p.58).

Si bien la teoría materialista plantea la influencia que tienen las cambiantes condiciones de hecho en el ejercicio del poder constituyente, una desventaja para la presente investigación resulta de que no queda del todo claro si el Estado y sus gobernantes pueden tener alguna influencia en los factores reales del poder, de tal manera que no se sabe si éstos pueden depender de su acción o les son totalmente independientes. Esto es de capital importancia para la presente investigación, en tanto se abordará si el cambio en los factores reales del poder podría constituir un cambio fundamental en las circunstancias como causa de terminación de un instrumento internacional con arreglo al artículo 62 de la Convención de Viena, o si, por el contrario, un cambio en los factores reales del poder puede ser atribuible al Estado y por lo tanto queda fuera del ámbito de aplicación de dicha norma.

De todas maneras, es un enfoque valioso desde el punto de vista del análisis del poder constituyente, precisamente por lo dicho en el párrafo anterior sobre la relación entre los cambios en los factores reales de poder y la posible dependencia o no de éstos al actuar del Estado; es decir, si el ejercicio del poder constituyente implica necesariamente o no, un cambio en los factores que no dependen del Estado y sus agentes.

#### 2.2.3.2.5. Teoría Existencial-Decisionista

En su obra Teoría de la Constitución, Carl Schmitt idea esta teoría, llamada *existencial-decisionista* por Naranjo (2006). Si bien ya se mencionó con anterioridad algunos conceptos del jurista alemán relativos a poder constituyente y Constitución, se debe hacer una corta mención a la distinción ya anunciada que el autor realiza entre Constitución

---

<sup>59</sup> Lo dicho aquí se relaciona con el fenómeno constitucional del *decaláge*

como decisión fundamental y leyes constitucionales, antes del análisis de su teoría del poder constituyente.

Ya he escrito que, para Schmitt, la Constitución es una decisión por la cual el titular del poder constituyente decide sobre la existencia de la unidad política. Esa decisión se manifiesta en disposiciones dentro del texto constitucional que son fundamentales precisamente porque determinan la forma de existencia de la unidad política, que viene a ser el Estado. No obstante, el texto constitucional no solamente cuenta con estas disposiciones tan importantes para el Estado, sino con algunas de un alcance mucho menor. Schmitt (2015) se explica de la siguiente manera:

La frase del art. 1, apartado 1 de la C. a.: «El Reich es una República», y la frase del art. 129, «se garantizará al funcionario el derecho a examinar su expediente personal», se llaman ambas «normas fundamentales», «ley de leyes», etc. Pero claro está que con tal formalización no reciben carácter fundamental en ningún modo aquellas prescripciones particulares, sino, al contrario, las auténticas prescripciones fundamentales son rebajadas al grado de detalles de la ley constitucional (p.46).

Así pues, siguiendo la teoría de Schmitt, nos encontramos con que en general, los textos constitucionales contienen en pocas disposiciones los verdaderos enunciados que reflejan la decisión fundamental sobre la unidad política, y que el resto, en algunos casos, se trata de “prescripciones muy importantes, pero tienen el carácter de «leyes constitucionales» sólo en tanto en cuanto están protegidas frente a acuerdos de reforma de las cambiantes mayorías parlamentarias” (2015, p.53), y en otros se hallan *constitucionalizadas* sólo porque “los partidos que determinan el contenido de la Constitución aprovechan la ocasión para prestar el carácter de leyes constitucionales a sus postulados de partido” (2015, p.49).

Revisado lo anterior, resulta más sencillo exponer la concepción del autor sobre el poder constituyente.

Schmitt comienza mencionando una realidad evidente y es que la Constitución “no surge de sí misma. No se da a sí misma” (2015, p.59); como creación humana, tiene un creador que debe ser identificable, no una abstracción indefinible. Ahora bien, volviendo a su concepto de Constitución como decisión, el jurista germano reconoce que alguien debe estar detrás de esa decisión, tomándola, realizando lo que Rousseau llama el “acto constituyente”.

Lo dicho lleva a Schmitt a plantear la primera cuestión, que no es la toma de la decisión en sí (el ejercicio del poder constituyente), sino la existencia misma de quien decide, porque el acto constituyente (que en este caso viene a ser la toma de la decisión) exige la existencia de una voluntad consciente, y ella exige a su vez un sujeto capaz de poseerla; lo dice el autor al escribir que “el ser político precede al momento constituyente. Lo que no existe políticamente tampoco puede decidir de modo consciente” (2015, p.94).

De acuerdo con Schmitt, el sujeto que existe y toma la decisión por la cual determina su forma de existencia, es la unidad política, y la unidad política viene a ser el pueblo. Esta idea de pueblo como unidad política la desarrolla Trujillo (2014) afirmando que “pueblo, interna e internacionalmente, sirve para identificar a la colectividad humana consciente de su identidad y de su capacidad de tomar decisiones sobre su destino... una comunidad humana con capacidad para constituirse en Estado y auto-organizarse como tal” (pp.68,73).

En esta última cita se halla la antes mencionada identificación de pueblo con Estado, entendido éste como forma de organización de aquel. La doctrina coincide con esta visión del Estado; así Anschütz (citado por Schmitt, 2015) al decir “un Estado, la unidad política de un pueblo” (p.139); o Naranjo: “Estado: sociedad políticamente organizada” (2006, p.362); o Sánchez Viamonte: “la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad” (citado por Naranjo, 2006, p.363); o Linares Quintana: “el pueblo, al constituirse originalmente en Estado” (citado por Naranjo, 2006, p.375); o el mismo Schmitt: “el Estado es la unidad política de un pueblo. Sujeto de esta definición del Estado y del pueblo; Estado es el estatus político de un pueblo” (2015, p.140).

De dichas afirmaciones, se concluye que es el pueblo, organizado en forma de Estado, quien toma la decisión política de ejercer el poder constituyente. Es decir, el poder constituyente se concibe dentro de esta teoría como “voluntad política y decisión unilateral” (Trujillo, 2014, p.60). Ya no es como con Sieyès o Hauriou, que se hablaba de una nación ejerciendo el poder, pero sin identificar plenamente a ese grupo humano, sino que con Schmitt el poder constituyente originario es ejercido por un ente en concreto; sigue siendo el pueblo quien detenta tal poder y lo ejerce, pero ahora lo hace a través de la organización llamada Estado en que se instituyó, y el Estado es un ente concreto, único, perfectamente identificable e individualizable. Por tal razón se le reconoce la voluntad para tomar una decisión específica.

Una vez resuelta tal cuestión, Schmitt define al poder constituyente originario como

voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política... De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional (2015, pp.123-124).

Con esta teoría alemana la cuestión de la titularidad del poder constituyente adquiere distinto matiz, porque “en el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en una monarquía auténtica” (Schmitt, 2015, p.60), pero como acto sigue siendo atribuible al Estado como organización, sea que lo haya decidido el príncipe o el pueblo, es decir, independientemente de la cuestión de la titularidad. Así lo corrobora el autor Silva:

el poder constituyente es la expresión máxima del poder del Estado, de su soberanía interna, de modo que resulta ser titular de él quien, dentro de la sociedad política, es el soberano, o sea, quien se proclama capaz de expresar la voluntad decisoria que implica la superior dirección de ella (citado por Oyarte, 2014, p.80).

Esta tesis alemana aborda una segunda cuestión, la de la validez del producto del ejercicio del poder constituyente. Dado que Schmitt define al poder como voluntad,

la palabra voluntad denuncia... lo esencialmente existencial de este fundamento de validez. El poder constituyente es voluntad política: ser político concreto... La constitución es válida, porque la unidad política de cuya Constitución se trata existe, y el sujeto del poder constituyente puede fijar el modo y forma de esa existencia (2015, pp.124,137).

Al referirme a esta cuestión me adelanto al análisis de las características del poder constituyente, sólo para resaltar algo que ya se mencionó, y es que esta tesis es aplicable a toda Constitución, siempre que se acepte que todo Estado cuenta con una, y que asunto distinto es si esa Constitución efectivamente recoge los postulados del constitucionalismo. Así, la tesis del jurista alemán es aplicable a todas las teorías sobre la titularidad del poder constituyente, sean monocráticas, de soberanía nacional o de soberanía popular.

Dicho lo anterior, cobra sentido el nombre de la teoría. Con *existencial* se refiere a que hay un sujeto con voluntad para darse un ordenamiento, y por *decisionista* se entiende que ese sujeto toma voluntariamente la decisión política de crear una Constitución que

regule el marco de las relaciones jurídicas en que se desenvuelva el sujeto. Al respecto, Naranjo (2006) manifiesta:

Schmitt reacciona contra el normativismo y el racionalismo y señala como el acto esencial de la creación jurídica estatal la “decisión política”, es decir, un acto volitivo del Estado...lo político antecede necesariamente a lo jurídico, y el momento de la decisión es el momento político de todo derecho (p. 369).

Para concluir con su exposición, el autor alemán incluso presenta pruebas de que la Constitución es fruto de una decisión, tomada por un pueblo, que decide sobre su organización; para Schmitt, la manifestación de la existencia de la unidad política y de su decisión se evidencia en el preámbulo de los textos constitucionales.

La constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 se apoya en el poder constituyente del pueblo alemán. La decisión política más importante se halla contenida en el preámbulo: el pueblo alemán se ha dado esta constitución, y en el artículo 1,2: El poder del Estado emana del pueblo. Éstas frases indican como decisiones políticas concretas el fundamento jurídico positivo de la constitución de Weimar: el poder constituyente del pueblo alemán como nación, esto es, unidad con capacidad de obrar y consciente de su existencia política (Schmitt, 2015, p.104).

Efectivamente, de similar manera lo plasma el preámbulo de la Norma Fundamental del Ecuador: “Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador...en ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, Provincia de Manabí, nos damos la presente: Constitución de la República del Ecuador” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008); o el ya mencionado de la norma equivalente estadounidense; “Nosotros el Pueblo de los Estados Unidos...decretamos y establecemos esta Constitución”<sup>60</sup> (Constitución de los Estados Unidos de América, 1787); o el preámbulo de la norma alemana actual que es incluso más específico: “En reconocimiento de su responsabilidad ante Dios y los hombres...por la fuerza de su poder constituyente se ha dado el Pueblo Alemán esta Constitución”<sup>61</sup> (Constitución de la República Federal Alemana, 1949).

Adherirse a la teoría en cuestión acarrea consecuencias importantes desde la perspectiva internacional. Según la Convención de Viena (arts. 1 y 2)<sup>62</sup>, son los Estados los sujetos

---

<sup>60</sup> *We the People of the United States...do ordain and establish this Constitution*

<sup>61</sup> *Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen...hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben*

<sup>62</sup> Art. 1: La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados

que celebran tratados; así, no tiene sentido afirmar que el pueblo celebra tratados sino que el Estado es quien los celebra; de acuerdo con la Convención de Viena (arts. 1 y 2), las relaciones internacionales se desarrollan no entre pueblos, sino entre Estados, y la teoría existencial-decisionista es la que, por lo dicho anteriormente, permite hablar de Estado como pueblo organizado. Por lo tanto, desde esa perspectiva internacional, si es el pueblo el que ejerce el poder constituyente originario mediante una decisión política, y a su vez el Estado es el pueblo organizado como tal, desde el Derecho Internacional el ejercicio del poder constituyente originario es una decisión política tomada voluntariamente por el Estado.

Pese a que fue formulada hace más de ochenta años, la tesis existencial-decisionista ofrece algunas ventajas para la presente investigación en tanto no sólo se adapta a la concepción moderna de poder constituyente y sus características, sino que establece al Estado (pueblo organizado como tal) como el sujeto que lo ejerce voluntaria y conscientemente, lo cual es muy valioso para la investigación, en tanto plantea que el ejercicio del poder constituyente es la consecuencia de un acto voluntario del Estado, lo que permitirá analizar si, como acto, puede encajar en la definición de la Convención de Viena del principio *rebus sic stantibus*, tratada en el capítulo anterior.

Conocidas las teorías más importantes sobre la naturaleza del poder constituyente, y por su especial conveniencia escogida la tesis de Schmitt, corresponde mencionar someramente las características del poder constituyente originario, a fin de conocer no solo qué es, sino también cómo es.

#### 2.2.4. Características del poder constituyente originario

Para la exposición de las distintas cualidades del poder constituyente originario, se utilizará principalmente el esquema planteado por el autor Oyarte (2014) en su obra *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*.

En primer lugar, está el rasgo de ser positivamente ilimitado, en el sentido de no tener límites jurídicos, de allí que sea “poder político y no facultad jurídica” (Trujillo, 2014, p.71). Al decir límites jurídicos, se hace referencia a una norma que pueda imponerle regulaciones a su ejercicio, algo imposible según Trujillo, porque “si poder jurídico es el

---

Art. 2: Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular

que nace y se basa en una norma es obvio que no puede serlo el poder constituyente que dicta la norma que sirve de base o fundamento a todas las otras normas jurídicas” (2014, p.71). Sostener lo contrario, como lo sería el afirmar que una Constitución es inválida por inobservar disposiciones de la Constitución que reemplaza, genera el siguiente problema:

Si la constitución actual hubiera de ser no-jurídica porque sus autores no se han atendido a las prescripciones de la anterior, habría que preguntar ante todo si esta, a su vez, había sido jurídica, etc., y cuando retrocediendo en el tiempo se hubiera tropezado con una constitución no-jurídica, todas las otras serían también no-jurídicas, porque aquella no podía dar vida, por aprobación del pasado, a estas, que derivan del presente su derecho a la existencia (Schmitt, 2015, p.139).

Por lo dicho, el poder constituyente no puede encontrar su validez en la observancia de una norma que le derive la competencia, de allí que la cuestión sea política y no jurídica y sean inaplicables, en este particular sentido, los planteamientos kelsenianos sobre fundamentación y derivación, como se verá a continuación.

Como consecuencia de esta falta de límites positivos, se presenta la siguiente característica de validez intrínseca del ejercicio del poder constituyente originario. Como se analizó anteriormente, una norma es válida por derivar de una norma superior y respetarla; pero en el caso de la Constitución, este fundamento de validez no existe, precisamente por no existir norma superior a ésta. Como resulta lógico bajo este pensamiento, “una norma no puede legitimarse a sí misma” (Schmitt, 2015, p.140), y es por eso que tanto el poder constituyente como la Constitución que él crea “es siempre válido, en razón de que no hay norma positiva que se le pueda confrontar” (Oyarte, 2014, p.107).

Siguiendo a los dos previos rasgos, se presenta la supremacía del poder constituyente. Fruto del mismo será el ordenamiento jurídico que instituya las diferentes funciones o poderes constituidos del Estado, como los llama Sieyès. Oyarte lo plantea así: “al ser ejercido por el soberano, no cabe que sea confrontado por parte de un poder inferior pues este se debe someter siempre el primero” (2014, p.); por su parte dice Schmitt: “No es un poder más, coordinado con otros distintos poderes. Es la base que abarca todos los otros poderes y divisiones de poderes” (2015, p.125). Es decir, si los poderes contemplados en una Constitución son su consecuencia, se entiende que el poder que creó esa Constitución está por sobre aquellos, sin deberles obediencia. Sobre esta fuerza bien señala Naranjo (2006) “subsiste siempre por encima del orden que engendra” (p.373). De esta manera,

no habrá poder estatal que lo pueda contestar, porque todo poder estatal ya constituido le debe su misma creación y existencia al poder constituyente.

Estas tres primeras características presentan la absoluta superioridad del poder constituyente originario frente a cualquier otro poder que se le confronte, y de ella se colige el concepto, ya analizado en este capítulo, de la supremacía constitucional respecto al resto de normas que integran el ordenamiento jurídico del Estado. Esta característica necesariamente conduce a preguntarse qué ocurre con todo el ordenamiento jurídico precedente que, luego del ejercicio de este poder, deberá someterse a la nueva Constitución. Evidentemente no se puede esperar la nueva creación de todo un ordenamiento jurídico, sabiendo que el poder constituyente originario sólo está para crear una Constitución, no para ejercer funciones propias de los poderes constituidos. De Otto menciona que

aun cuando la constitución se declare fruto de la soberanía nacional, la revolución de la que nace no pretende en su primera fase hacer tabla rasa, sino insertar en un nuevo sistema y dar así una nueva regulación a la institución que encarnaba el poder estatal preexistente (citado por Oyarte, 2014, p.103).

En consecuencia, antes que un nuevo ordenamiento, lo que se debe esperar tras el ejercicio del poder constituyente originario es un ajuste entre la Norma Fundamental y sus normas subordinadas, el cual puede verificarse, por ejemplo, a través de los medios que ofrece el control constitucional, sea este abstracto o concreto, concentrado o difuso (Guerrero, 2012).

Ahora bien, como se sabe, la decisión a través de la cual se adopte el texto constitucional se toma en la actualidad por la vía democrática generalmente, consultándosele al titular del poder constituyente si acepta o no la nueva decisión constitucional fundamental. Pero como se ha dicho, el poder constituyente originario no es válido en razón de ninguna norma positiva previa, y, por tanto, es un poder más de hecho que de derecho, pues por su naturaleza analizada “no pertenece propiamente al mundo jurídico instituido” (Blumenwitz, citado por Oyarte, 2014, p.106).

El autor de Otto (citado por Oyarte) apunta que

La fase previa a la participación democrática no se abre necesariamente a través de un proceso democrático, sino más bien con un acto de fuerza que no tiene por qué ir precedido de ninguna manifestación inequívoca de la voluntad popular (2014, p.92).

Si se considera lo último, continuando a su vez con el planteamiento de que una Constitución puede ser tal sin necesariamente obedecer a los postulados del constitucionalismo histórico, se puede coincidir con Schmitt en que “una constitución es legítima esto es, reconocida, no solo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida” (2015, p.137).

Finalmente, todos los anteriores rasgos hacen agregar al autor Oyarte (2014) que el ejercicio del poder constituyente es extraordinario, dado que “supone una interrupción o rompimiento de la institucionalidad jurídica y política vigente en un Estado determinado” (p.106). Esta afirmación la confirma un repaso histórico de algunos Estados tanto europeos como americanos, que da cuenta de la excepcionalidad y poca frecuencia que el ejercicio de este poder supone:

Estado	Número de Constituciones expedidas en los últimos 50 años	Año de adopción de última Constitución
Estados Unidos Mexicanos	0	1917
República del Paraguay	1	1992
República de Perú	2	1993
República Oriental del Uruguay	0	1966
República Bolivariana de Venezuela	1	1999
República Argentina	0	1853
Estado Plurinacional de Bolivia	1	2009
República de Chile	1	1980
República de Colombia	1	1991
República de Costa Rica	0	1949
República de Cuba	1	1976
Reino de España	1	1978
República Francesa	0	1958
República Federal de Alemania	0	1949

Federación de Rusia	2 (antes URSS)	1993
República Italiana	0	1947
República del Ecuador	4	2008

Antes de concluir con la revisión de las características, hay dos cuestiones relativas al poder constituyente que merecen una especial mención específica dentro del presente trabajo, que se presentan a continuación.

#### 2.2.4.1. Poder preconstituyente

La doctrina define al poder preconstituyente como “la asamblea (convención) que proyecta (formaciones legal-constitucionales) con inmediato referéndum u otra confirmación por los ciudadanos con derecho a voto” (Schmitt, 2015, p.134). Bajo esta fórmula se entiende a una institución recogida en algunas Constituciones<sup>63</sup>, por la cual se regula el procedimiento para convocar a un cuerpo que elabore una Norma Fundamental, y someta tal texto a la aprobación de los ciudadanos. El primer antecedente de esta práctica se halla en el decreto de 21 de septiembre de 1792 de la Convención Nacional Francesa, en el cual se establece que “toda constitución había de ser expresamente confirmada por el pueblo” (Schmitt, 2015, p.134).

En primer lugar, debe aclararse que el poder preconstituyente no es verdaderamente un poder, sino un procedimiento recogido por la Norma Fundamental. Este procedimiento responde a dos necesidades. En primer lugar, la realidad muestra que, si bien en nuestro tiempo el pueblo es el titular del poder constituyente, es imposible esperar que la totalidad de ciudadanos discuta un texto constitucional y lo redacte; así, se torna imprescindible la existencia de un órgano capaz de esas dos acciones. En segundo lugar, ya se vio que el poder constituyente es más de hecho que de derecho, lo que supone que el momento previo a la aprobación de una Constitución puede no ser democrático, ni siquiera pacífico.

Ante tal panorama, una Constitución, “antes de que esté previendo su propia destrucción, se encuentra normando el poder preconstituyente, por el cual se llegará al ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo soberano...que no sea ejercido de hecho, e inclusive violentamente” (Oyarte, 2014, p.94). De esta manera, los postulados

---

<sup>63</sup> En la Constitución del Ecuador se encuentra prevista en el artículo 444.

democráticos se aseguran no sólo a la hora de la aprobación popular de la Constitución, sino también al momento de su discusión y redacción.

Considerando lo anterior, el autor Trujillo afirma:

De conformidad con este pensamiento, se ha establecido que la constitución puede ser redactada, como proyecto, por quienquiera que sea delegado para que lo prepare, pero que éste no tiene fuerza obligatoria, sino cuando el pueblo, en referéndum, lo aprueba por mayoría de sufragios de todos los ciudadanos convocados para que se pronuncien (2014, p.68).

Gracias al planteamiento anterior, queda claro que “las comisiones constitucionales o constituyentes no ejercen en verdad poder constituyente y, por tanto, no son titulares de ese poder” (Oyarte, 2014, p.84), y consecuentemente no son soberanas, “sino que obran siempre en nombre y por encargo del pueblo” (Schmitt, 2015, p.103).

Sólo queda por decir que la práctica general moderna de convocar a una asamblea nacional constituyente y someter la propuesta de nueva Norma Fundamental a la aprobación popular en referéndum no ha sido aplicada siempre. Schmitt (2015) propone como ejemplos de textos constitucionales surgidos de métodos distintos al anterior, a la Constitución de Weimar de 1919, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 o la Constitución de Checoslovaquia de 1920.

#### 2.2.4.2. Continuidad del Estado

El siguiente aspecto a tratar viene dado a partir de la distinción inicial hecha entre poder constituyente originario fundacional y de simple organización, pero que merece especial énfasis. Como se apuntó, el poder constituyente originario fundacional crea un nuevo Estado y le da una Norma Fundamental, mientras que el de simple organización se limita a crear una nueva Constitución. Efectivamente, en ambos casos puede hablarse de una ruptura dentro del ordenamiento jurídico, una discontinuidad, pero en el segundo caso no cabe hablar de una “discontinuidad del Estado” (Schmitt, 2015, p.149).

No obstante, no han faltado ocasiones en la historia en que se haya defendido lo contrario.

El gobierno jacobino de 1793 representó el punto de vista de que un pueblo libre no necesita pagar las deudas que un tiempo (el anterior gobierno monárquico) ha contraído. En mayo de 1922 invocó el gobierno soviético ruso este precedente para negarse a pagar las deudas de la Rusia zarista (Schmitt, 2015, p.147).

Los dos ejemplos planteados muestran que, cuando el ejercicio del poder constituyente originario de simple organización viene precedido por un movimiento calificado como “revolucionario”, podría dar paso a extralimitaciones, desatendiendo el hecho de que este poder no hace más que crear una Constitución, no una nueva unidad política.

Este tema conduce al último apartado de este capítulo, relativo a las limitaciones que el poder constituyente originario de simple organización puede tener, considerando lo que Oyarte (2014) define como el límite de éste, que es la redacción y adopción de una nueva Norma Fundamental para un Estado preexistente.

#### 2.2.5. Limitaciones del poder constituyente originario de simple organización

Resulta en parte contradictorio hablar de limitaciones del poder constituyente originario, cuando ya se apuntó anteriormente que una de sus características es ser positivamente ilimitado. No obstante, Trujillo precisa que por este rasgo “no significa que el poder constituyente carezca de límites, sino que los límites son de otra especie, ético-jurídicos como diría Heller” (2014, p.71).

Por lo anterior, desde la corriente del constitucionalismo se defiende la existencia de “limitaciones implícitas” (Oyarte, 2014, p.112) al poder constituyente. Según Bidart Campos, éstas se fundamentan en que “por encima de las instancias positivas se halla el derecho natural o la justicia, que imponen criterios de valor contra los cuales la voluntad humana no puede, válidamente, atropellar” (citado por Oyarte, 2014, p.114).

Habiéndose tomado nota de lo anterior, corresponde decir que su análisis es materia ajena al presente trabajo, y en este apartado se tratará únicamente la cuestión de si el derecho internacional puede limitar efectivamente al poder constituyente originario, considerando lo escrito en el capítulo anterior sobre monismo y primacía del derecho internacional, y que incluso existen posiciones contrarias a intentar compararlos, dado que

la Constitución se debe al poder Constituyente, en tanto que los tratados internacionales se deben al poder constituido como lo es el Poder Ejecutivo, motivo del por qué no existe punto de comparación cuando no se tiene el mismo origen, naturaleza y función específica, lo que nos lleva a considerar que no se trata de instrumentos de un mismo nivel, rango ni de una misma fuerza creadora (Rodríguez & Pérez, 2015, p.80).

Lo primero que debe ser dicho es que, al momento de buscar límites internacionales al poder constituyente, esa actividad ya está limitada por el propio Derecho internacional mediante el principio de no intervención. Tal principio se encuentra consagrado en el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>64</sup> y en la Resolución 2625 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1970<sup>65</sup>. Como consecuencia de este principio

los Estados son libres de dotarse de la estructura político-administrativa que estimen más conveniente. Ello significa que las interferencias en este ámbito de decisión por parte de terceros Estados o de otros sujetos de la comunidad internacional son, en principio, ilícitas (Díez-Picazo, 2006, p.12).

No obstante lo anterior, Díez-Picazo (2006) anota que el principio de no intervención tampoco conlleva a la indiferencia internacional respecto de la normativa constitucional de un Estado; tal formulación no puede entenderse como una patente de corso para que a través de sus Constituciones los Estados hagan lo que se les venga en gana, sin repercusiones internacionales.

Como ya se dijo, una nueva Constitución no engendra un nuevo ordenamiento derivado, sino que obliga al vigente a ajustársele; esto resulta mucho más notable respecto de los tratados que un Estado ha celebrado, puesto que son normas emanadas no de su voluntad unilateral, sino del acuerdo con otros sujetos internacionales iguales. En ese sentido, la modificación o terminación de tales normas, como ajuste con la nueva Norma Fundamental, no se sujetará a la voluntad soberana del Estado, sino a las condiciones acordadas con las otras partes; así se refleja que “la actuación de un poder constituyente posfundacional no libera al Estado de sus compromisos internacionales preexistentes” (Sagües, 2001, p.122).

Lo anterior se dice, bajo el supuesto perfectamente posible de que un Estado se dé una Constitución que contradiga a sus obligaciones internacionales convencionales, puesto que sí existen tratados que limitan las opciones constitucionales de un Estado<sup>66</sup>. Naturalmente, el Derecho internacional prevé esta situación, y la remedia a su favor a

---

<sup>64</sup> Art.1.- Los propósitos de las Naciones Unidas son: 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos (Carta de las Naciones Unidas, 1945)

<sup>65</sup> “En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política” (Resolución 2625, 1970)

<sup>66</sup> Por ejemplo, la “prohibición de restaurar la monarquía de los Habsburgo que pesaba sobre Hungría en virtud del Tratado de Trianon de 4 de junio de 1920” (Díez-Picazo, 2006, p.20)

través del principio de *pacta sunt servanda*, cuya especificación en el mencionado artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados nos dice que ninguna norma interna, ni siquiera la Constitución, puede ser utilizada como justificativo para incumplir con una obligación internacional.

Así lo confirma en su obra el autor Díez de Velasco, señalando lo siguiente:

La Corte Permanente de Justicia Internacional, en la época de la Sociedad de las Naciones, y la actual Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas han mantenido de forma constante que «el Derecho interno no puede prevalecer ni sobre las obligaciones de un Estado según el Derecho Internacional consuetudinario ni sobre sus obligaciones según el Derecho Internacional convencional» y, en consecuencia, «un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho internacional o los tratados en vigor» (sentencias de 1923, 1927, 1930, 1932, 1953, 1988) (2013, p.249).

Esta cuestión no genera mayor dificultad. Más compleja es la cuestión de la existencia real de una norma constitucional contraria a un compromiso internacional, pues conduce a la pregunta ¿Puede un convenio internacional limitar positivamente al poder constituyente originario, habiéndose dicho que éste es positivamente ilimitado?

Debe notarse, antes que nada, que los tratados “son normalmente susceptibles de terminación. Este punto es importante, pues significa que los tratados internacionales en vigor no suponen un obstáculo insuperable para la adopción de normas constitucionales que se reputen de importancia mayor al mantenimiento de aquellos” (Díez-Picazo, 2006, p.15). Esto muestra que el poder constituyente originario sí puede crear normas contrarias a los compromisos internacionales. Pero ya se vio que, por principio, esa no es excusa para incumplimiento de obligaciones convencionales. Por un lado, se prueba que efectivamente aquel poder es positivamente ilimitado, pues de lo contrario esas normas no se podrían emitir. Pero por otro, se nos conduce a la cuestión de los efectos que del enfrentamiento entre una norma constitucional y un tratado pueden surgir.

Es importante mencionar que ciertos tratados contemplan una solución a un enfrentamiento entre norma constitucional y convencional. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Boyce y otros vs. Barbados* de 2007 y *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* de 2001, determinó que a través del poder constituyente

originario se crearon normas constitucionales contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que la acción correspondiente era el ajuste constitucional respectivo a la Convención (Ruiz, 2015).

Sin perjuicio de lo anterior, coincido con la opinión doctrinal de que, cuando el poder constituyente originario crea una norma contraria a un tratado vigente, no estamos ante un problema de invalidez de la norma constitucional, sino ante uno de ilicitud del comportamiento internacional, cuando en aplicación de tal norma el Estado trate de desconocer sus obligaciones internacionales. Díez-Picazo (2006) lo explica de la siguiente forma:

La aprobación de una norma constitucional contraria a un tratado en vigor supone un incumplimiento de lo acordado que podrá dar lugar a la responsabilidad internacional correspondiente. El derecho internacional no exige la anulación de la norma constitucional, ni menos aún determina directamente su invalidez. Dicho de otra manera, no se está en presencia de un problema de invalidez de normas, sino de ilicitud internacional del comportamiento del Estado...Hay que tener en cuenta, además, que las obligaciones internacionales que pesan sobre los Estados-cualquiera que sea su origen consuetudinario o convencional-son, en principio, obligaciones de resultado, no de medios. Ello significa, por lo que aquí importa, que el Estado puede disponer de vías distintas a la anulación de la norma constitucional para alcanzar el objetivo de respetar el tratado internacional (2006, p.25-26).

Como vemos, el hecho de que un Estado cree disposiciones constitucionales contrarias a sus tratados vigentes, no obsta a que éste encuentre maneras de seguir cumpliendo con sus obligaciones internacionales. Desde la doctrina esto se ha confirmado, en tanto “la violación del tratado sólo puede ocasionar responsabilidad frente a los demás Estados partes, y no porque sea supremo a la Constitución, sino porque es el ordenamiento fuente aplicable para resolver la controversia” (Rodríguez & Pérez, 2015, p.86). Esto corrobora la característica de positivamente ilimitado que goza el poder constituyente originario.

Sin embargo, ese mismo hecho de que el Estado continúe cumpliendo con sus obligaciones internacionales, evidencia la existencia de una limitación internacional (de lo contrario habría incumplimientos), pero de otra clase. Esa limitación vendría dada por el Derecho internacional general, cuya vigencia no depende del reconocimiento estatal particular.

Para Díez-Picazo, quizá el único principio de Derecho internacional general que se pueda reconocer como límite efectivo al poder constituyente originario sea el *pacta sunt servanda*<sup>67</sup>; incluso “es dudoso, que en el estado actual del derecho internacional pueda afirmarse que el respeto por los derechos humanos en su conjunto sea una obligación *erga omnes*” (2006, p.16).

En ese sentido, resulta difícil imaginar que un Estado cree una Constitución en la que abiertamente reniegue de forma efectiva de sus obligaciones internacionales preexistentes, no por la violación de las obligaciones en sí, sino porque se estaría yendo contra el principio *pacta sunt servanda*. Eso sería nefasto para el Estado, pues

El derecho internacional general puede ser visto como el marco que permite la existencia misma de los Estados y, por tanto, también de toda forma de derecho. Aprobar una norma constitucional abiertamente contraria al derecho internacional general equivaldría, de alguna manera, a situarse deliberadamente fuera de la civilización (Díez-Picazo, 2006, p.28).

Como se dijo, cuesta pensar en un Estado que, ejerciendo el poder constituyente originario de simple organización, atente contra el principio *pacta sunt servanda*. Pero, aun así, conviene ratificar, como el autor Oyarte (2014), que “ello no implica el sometimiento a limitaciones positivas, sino el sometimiento a un principio de derecho” (p.120).

Concluye aquí el segundo capítulo del presente trabajo. Una vez conocidos tanto el cambio fundamental en las circunstancias, como el poder constituyente originario, ya es momento de realizar un ejercicio de comparación entre ambos, con el fin de analizar si es posible afirmar de manera inequívoca que, la Constitución ecuatoriana de 2008, como fruto del poder constituyente originario de simple organización, constituye un cambio fundamental en las circunstancias que permite la terminación de ciertos tratados contrarios a sus disposiciones.

---

<sup>67</sup> El hecho de que esté recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena no le quita su calidad de principio del Derecho.

### Capítulo III

3. El poder constituyente originario ecuatoriano en el año 2008 desde la teoría existencial-decisionista: ¿cambio de actitud estatal o cambio fundamental en las circunstancias?

3.1. Configuración del cambio fundamental de circunstancias en la práctica internacional

Como se adelantó al término del primer capítulo, en esta primera parte se analizarán brevemente los casos más emblemáticos de Estados que han alegado la configuración de un cambio en las circunstancias para terminar o suspender tratados; en primer lugar, se analizarán los casos que no llegaron a ser resueltos en una instancia judicial internacional pero que permiten formarse una idea de cómo se ha aplicado esta figura en las relaciones internacionales para contrastarla con la experiencia ecuatoriana, y luego se revisarán los casos de cambio en las circunstancias que sí han sido considerados por un tribunal internacional de justicia.

3.1.1. Casos históricos no judiciales

#### Tratado de París-1870

Existe un consenso en la doctrina internacional respecto a que la alegación de la cláusula *rebus sic stantibus* no se formaliza sino hasta el siglo XIX, con el caso de Rusia y su desconocimiento del Tratado de París de 1856 suscrito tras su derrota en la Guerra de Crimea. Tanto Andritoi<sup>68</sup> (2011) como Abello (2006) mencionan que, a través de este tratado, Rusia se comprometió, entre otras cosas, a la desmilitarización del Mar Negro<sup>69</sup> y a convertir a Batumi en un puerto franco. No obstante, en 1870 Rusia comunicó al resto de Estados contratantes que, debido al cambio en el comercio del Cáucaso, Batumi había perdido importancia y se volvió un puerto de importaciones, ya no comercial, y mantener su estado de puerto franco le reportaba severos gastos al Estado ruso<sup>70</sup>. Conviene resaltar que ya en este caso, la parte que alegaba el cambio de circunstancias lo hacía desde el

---

<sup>68</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>69</sup> Bederman (1988) afirma que esta desmilitarización como sanción fue “extremadamente dura y sin precedentes” (p.7), y que no se volvieron a ver limitaciones tan flagrantes a la soberanía de un Estado hasta las impuestas a Alemania en 1919 con el Tratado de Versalles.

<sup>70</sup> Inglaterra se opuso en primer lugar, y luego el resto de potencias (el Tratado de París de 1856 garantizaba la prevención de agresiones rusas contra naciones europeas), con las que Rusia llegó a un acuerdo para terminar el tratado.

enfoque de la “carga insoportable”, relacionado con la excesiva onerosidad de las obligaciones pendientes.

Por su parte, Ramírez (2007) se enfoca en que Rusia se obligó a “no mantener fuerzas navales ni construir fortificaciones<sup>71</sup>” (p.630) en el litoral del Mar Negro. Bederman<sup>72</sup> (1988) resalta que, para los rusos, el desarrollo de la tecnología armamentística (buques *ironclad*), la creación de Rumania (unidos los principados de Moldavia y Valaquia), y la amenaza turca constituían circunstancias nuevas ante las cuales Rusia no podía quedar indefensa, y alegó el principio *rebus sic stantibus* para poder rearmarse en el Mar Negro.

Para Fischer y Oppenheim (citados por Bederman, 1988)<sup>73</sup> un tratado que impone a un Estado la desmilitarización de parte de su territorio es una especie de servidumbre (*servitude*) internacional, y en tales casos, la aplicación del principio *rebus sic stantibus* debe ser permitida. Para Bederman (1988)<sup>74</sup>, una situación similar a la rusa ocurrió con Alemania respecto del Tratado de Versalles y la desmilitarización del Rin.

#### Acuerdos Comerciales: EEUU-Brasil (1891) y EEUU-Francia (1898)

Estos dos casos son muy similares, pues tratan de acuerdos comerciales que Estados Unidos suscribió con Brasil y Francia, y que pretendió terminar debido a que su legislación interna había cambiado, derogando la legislación bajo cuya vigencia aquellos se habían celebrado.

El Departamento de Estado de los Estados Unidos sostuvo: ante la ausencia de la legislación por la que el Congreso permitió los acuerdos, estos terminarían *ipso facto* ante la vigencia de la nueva legislación...que ha transformado las bases sobre las que estos acuerdos fueron negociados (Lissitzyn, 1967, pp.902-903)<sup>75</sup>.

Existen dos aspectos importantes que resaltar de estos casos. El primero es que el cambio fundamental al que se refiere el Estado estadounidense, tiene su causa en su propia acción deliberada, que viene a ser la modificación de su legislación interna. En otras palabras, quien invoca la cláusula *rebus sic stantibus* es la misma parte que generó el cambio de circunstancias.

---

<sup>71</sup>La violación del tratado, según Inglaterra, Francia y Austria incluso constituía *casus belli* (Bederman, 1988, p.7)

<sup>72</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>73</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>74</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>75</sup> Original en inglés. Traducción propia

El segundo aspecto resaltado por Lissitzyn es que “el efecto del cambio en las circunstancias está vinculado con las específicas expectativas de las partes, que se deducen de su conocimiento de las bases legislativas de los acuerdos” (1967, p.903)<sup>76</sup>. Esta afirmación está relacionada particularmente con el literal a del artículo 62 de la Convención de Viena, muy vinculado al enfoque de la *intención de las partes*, más que al de la *carga insoportable*.

Resulta curioso que, no obstante la superioridad del Derecho Internacional respecto del derecho interno de los Estados, la mencionada reforma legal de los Estados Unidos haya sido aprobada en primer lugar, sin antes atenerse a lo dispuesto por los tratados.

#### Tratado Clayton Bulwer-1880-1882

En 1850, Estados Unidos y Gran Bretaña, mediante el tratado Clayton-Bulwer, se comprometieron a la construcción de un canal que uniese los océanos Pacífico y Atlántico a través de Nicaragua. Entre las estipulaciones del tratado, se encontraba que ninguno de los Estados contratantes asumiría control total sobre el canal, ni que trataría de ocupar territorios centroamericanos. Taylor (1913)<sup>77</sup> y Andritoi (2011)<sup>78</sup> coinciden en que el tratado fue muy criticado en Estados Unidos, donde se deseaba un control único sobre el canal. De acuerdo con Verzijl (1973), los estadounidenses pretendieron dar por terminado el tratado a través de la cláusula *rebus sic stantibus* mediante

vanos intentos entre 1880 y 1882...por motivos como los siguientes: el fin de las circunstancias temporales bajo las que se firmó el tratado; el colapso de los planes para la construcción del canal interoceánico; el hecho de que Estados Unidos ya no necesitaba de financiamiento de Gran Bretaña (p.357)<sup>79</sup>.

Según el mismo autor, los británicos no aceptaron ninguno de esos argumentos, ni los estadounidenses siguieron esgrimiéndoles. El tratado finalmente quedó sin efecto por el posterior Tratado Hay-Pauncefote de 1901.

#### Tratado de Berlín-1908

En 1908, el Imperio Austro-Húngaro “sometió Bosnia Herzegovina a su soberanía” (Andritoi, 2011, p.54)<sup>80</sup>, y para denunciar el artículo 25 del Tratado de Berlín de 1878, a

---

<sup>76</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>77</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>78</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>79</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>80</sup> Original en inglés. Traducción propia

través de una nota a las otras partes signatarias se invocó la cláusula *rebus sic stantibus*. Para el Estado austrohúngaro, las condiciones de los últimos 30 años (independencia de Bulgaria del Imperio Otomano y ocupación militar de Bosnia Herzegovina) permitían hablar de un cambio por el que se podía terminar un tratado que establecía fronteras, algo que hoy en día resulta inadmisibles según la Convención de Viena y la prohibición expresa contenida en su artículo 62, reiterada a su vez en el caso de la Plataforma Continental del Mar Egeo, en el cual la Corte Internacional de Justicia afirma la existencia de una “regla que excluye a los tratados fronterizos del cambio fundamental de circunstancias” (CIJ, 1978, P.36)

#### Concordato entre Francia y la Santa Sede-1905

La autora Andritoi (2011)<sup>81</sup> plantea este como un caso en el que se pretendió aplicar el cambio de circunstancias como modo de terminación, considerando que cuando éste entró en vigor, Napoleón I era cónsul *de facto*, mientras que en 1905 Francia vivía bajo el régimen de la III República y en el mismo año se había aprobado la Ley de separación de la Iglesia y el Estado. En ese sentido, todo el régimen jurídico francés había cambiado, aunque claro, el cambio era imputable al Estado francés exclusivamente.

#### Suspensión de pagos de Francia a Estados Unidos por préstamos de guerra

Esta situación surgió respecto al no-pago en que incurrió Francia relacionado con los préstamos que Estados Unidos le hizo con ocasión de la I Guerra Mundial. Lissitzyn explica los argumentos franceses en torno al principio *rebus sic stantibus* así:

Francia blandió el argumento de que los acuerdos de deuda con EEUU de 1926 se basaron en la expectativa de un pago continuo a Francia de parte de Alemania por concepto de reparación de guerra, y estaban tácitamente condicionados a ese pago continuo. En otras palabras, su posición fue que el cumplimiento de las obligaciones convencionales francesas para con los estadounidenses, sin posibilidad de revisión en caso de suspensión del pago de reparaciones alemanas, no se correspondía con las expectativas de las partes (1967, p.905)<sup>82</sup>.

Este caso presenta algunos elementos que podrían ser considerados hoy, como acordes al artículo 62 de la Convención de Viena. En primer lugar, podría decirse que una circunstancia base del consentimiento francés relativo a los pagos, frecuencia, montos e

---

<sup>81</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>82</sup> Original en inglés. Traducción propia

intereses de los mismos era contar con que Alemania honrara a su vez sus obligaciones por concepto de reparación a Francia; así, de haber Francia podido prever que Alemania dejaría de pagar, quizá habría acordado otros términos con Estados Unidos. También podría hablarse de un aumento de onerosidad (distinto al enfoque de la intención y expectativas de las partes), pues los pagos franceses se subordinaban a su vez a los pagos alemanes; sin ese dinero, Francia tenía que acudir a otros recursos para pagar sus obligaciones, por lo que el pago a Estados Unidos ya no era tan sencillo como antes.

Además de lo anterior, debe decirse que, en este caso, se acudió al cambio de circunstancias no como medio de terminación, sino tan solo de suspensión, hasta encontrar nuevas fuentes de financiamiento.

#### Tratado sino-belga-1926

El tratado celebrado entre Bélgica y China en 1865 formó parte de una serie de instrumentos que China se vio obligada a suscribir luego de su derrota en la II Guerra del Opio. Al cumplirlo, “China garantizaba a Bélgica jurisdicción extraterritorial y privilegios arancelarios para importaciones y exportaciones, además de ciertas regulaciones comerciales”<sup>83</sup> (Woolsey, 1927, p.289). En una nota diplomática de 1926, el gobierno chino propone a su contraparte belga que:

El tratado, que aún regula las relaciones comerciales entre nuestro país, fue celebrado hace ya 65 años. Durante ese largo período, tantos cambios sociales, políticos y comerciales han ocurrido en ambos países que, considerando todas las circunstancias, no sólo es deseable, sino esencial para el interés mutuo de ambas partes, revisar el mencionado tratado y reemplazarlo por uno que nuevo que acordemos (citado por Woolsey, 1927, p.289).

Considero que la circunstancia más notable en este caso es que el instrumento se suscribió por la fuerza, por lo que tiene cierta lógica que en tiempos de paz el Estado chino haya pedido un nuevo tratado de carácter menos punitivo.

#### Suspensión Cláusula Opcional Corte Permanente de Justicia Internacional -1939

Este caso es curioso, por ser el primero en que se alega la cláusula *rebus sic stantibus* para suspender, en su parte específica, un instrumento internacional que establecía la

---

<sup>83</sup> Original en inglés. Traducción propia

jurisdicción de un tribunal internacional, como lo fue la Corte Permanente de Justicia Internacional (más adelante se verá que el caso ecuatoriano es otro).

Lissitzyn (1967) relata que

En 1939, al poco de iniciada la II Guerra Mundial, siete naciones beligerantes notificaron al Secretario General de la Liga de las Naciones que sus aceptaciones respectivas a la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional según la Cláusula Opcional del Estatuto de la Corte ...no les serían aplicables a las disputas surgidas de los eventos ocurridos durante esa guerra<sup>84</sup>(p. 905).

Resulta curioso que, con ocasión de un conflicto armado, lo primero que hayan hecho unas naciones sea sustraerse de la jurisdicción de la Corte, quizá previendo las posibles atrocidades, en ambos bandos, que vendrían de tal conflicto. Gran Bretaña se justificó así<sup>85</sup>:

en la práctica, la alianza se ha fracturado, que toda la maquinaria para la preservación de la paz ha colapsado, y que las condiciones en que el gobierno de Su Majestad aceptó la Cláusula Opcional ya no existen más. Esta situación...fue mencionada como posibilidad...en 1929, y en ese entonces el gobierno de Su Majestad declaró que no concebiría que, ante el colapso general de la maquinaria para la conservación de la paz, lo único que quede en pie sea la Cláusula Opcional (Lissitzyn, 1967, p.906)<sup>86</sup>.

Que se declare una guerra entre las partes contratantes es, para la teoría, “un básico cambio en las circunstancias”<sup>87</sup> (Andritoi, 2012, p.225).

### Suspensión de la Convención Internacional de Línea de Carga-1941

La II Guerra Mundial también deja este caso, que, en mi opinión, es un magnífico ejemplo de aplicación del cambio fundamental en las circunstancias para suspender un instrumento internacional.

El propósito de la Convención Internacional de Línea de Carga de 1931 era establecer parámetros mínimos de seguridad para los barcos mercantes. Pero diez años después, en 1941, la nueva Guerra Mundial duraba ya casi dos años, y la *Kriegsmarine* alemana

---

<sup>84</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>85</sup> Ni ese Estado, ni Francia, Australia, Nueva Zelanda, la Unión Sudafricana, India o Canadá emplearon el término *rebus sic stantibus*

<sup>86</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>87</sup> Original en inglés. Traducción propia

trataba de bloquear a Gran Bretaña, hundiendo los convoyes de buques que le traían suministros, muchos de ellos desde Estados Unidos.

Ante este panorama, el Procurador General estadounidense justificó la suspensión del tratado:

Es claro que, por su naturaleza, la Convención fue un acuerdo de tiempos de paz...la actual destrucción de naves involucradas en tal comercio, sin importar su carga, es uno de los medios por los que varias de las partes contratantes<sup>88</sup> están conduciendo la guerra...el carácter del cambio en las circunstancias deja al Gobierno enteramente libre...de suspender al tratado mientras dure la presente emergencia<sup>89</sup> (Lissitzyn, 1967, pp.909-910).

Sin ahondar en su examen, considero que este caso, al día de hoy, cumpliría con todos los requisitos previstos por el artículo 62 de la Convención de Viena desde el enfoque dominante de la “carga insoportable” (imprevisibilidad, cambio circunstancial respecto a la suscripción del tratado, circunstancias anteriores fueron base del consentimiento, cambio fundamental, aumento radical en alcance de las obligaciones).

### 3.1.2. Casos ante la Corte Permanente de Justicia Internacional

Antes de examinar estos casos, debe mencionarse que en ninguno de ellos la Corte pasó a conocer el fondo del asunto, es decir, si existía o no un cambio circunstancial que permitiese la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Así, lo que a continuación se presentan son los argumentos presentados por Estados ante la Corte, con los que pretendieron la aplicación de la cláusula como forma de terminación de tratados.

#### Decretos de la nacionalidad en Túnez y Marruecos (Gran Bretaña contra Francia)

Gran Bretaña suscribió en el siglo XIX tratados con Túnez y Marruecos, relativos a la nacionalidad de ciertos ingleses asentados en esos territorios. No obstante, en el siglo XX Túnez y Marruecos pasaron a ser protectorados de Francia, y en consecuencia hubo un cambio de legislación relativa a la nacionalidad de los habitantes. Los británicos se sintieron perjudicados, y llevaron la cuestión a la Corte Permanente. Ante ella, Francia sostuvo lo siguiente:

---

<sup>88</sup> A la fecha de suspensión, de las 36 partes contratantes, 10 eran Estados beligerantes y los 16 restantes se hallaban bajo ocupación militar extranjera (Andritoi, 2011, p.54)

<sup>89</sup> Original en inglés. Traducción propia

Estos tratados han terminado...en virtud del principio conocido como cláusula *rebus sic stantibus*, ya que el establecimiento de un régimen legal y judicial de conformidad con la legislación francesa ha creado una nueva situación que priva al régimen de derechos extraterritoriales ingleses de su razón de ser<sup>90</sup> (Abello, 2006, p.213).

Es decir, Francia consideraba que el cambio de régimen jurídico-político de un Estado constituye un cambio fundamental de circunstancias.

#### Toma de aguas en el río Mosa (Bélgica contra Países Bajos)

Abello (2006) resume la posición belga:

cuando se desconoció un tratado por medio de actos que lo violan y por actos que lo vuelven inejecutable, al punto que es impensable un regreso al status quo ante, nos lleva a concluir que nos encontramos frente a una caducidad como consecuencia de la aplicación del adagio que manifiesta que los tratados sólo son concluidos bajo la reserva *rebus sic stantibus* (2006, p.216).

Lo notable de este caso es que Bélgica asume la posición contraria a la expuesta por Estados Unidos en 1891 y 1898, pues defiende que cuando la situación ha cambiado por acción de una de las partes, es la otra parte, aquella que no produjo el cambio, quien podría alegar el *rebus sic stantibus*, y no al revés.

#### Caso de las Zonas Francas (Francia contra Suiza)

En este caso, la Corte sí llegó a examinar el tema del cambio de circunstancias, mas sólo con la intención de referirse a su aplicación, no para analizar sus elementos constitutivos.

La zona de la Alta Saboya y el Distrito de Gex, en Francia, eran declarados territorios neutrales y zonas francas en favor de Suiza. Sin embargo, el tratado de paz por el que culminó la I Guerra Mundial estipulaba que tales condiciones “*are no longer consistent with the present condition, and that it is for France and Switzerland to come to an agreement together to settle between themselves the status of these territories*” (Tratado de Versalles, art.435). Es decir, el propio tratado reconocía que las circunstancias pactadas en 1815 ya no se correspondían con las circunstancias actuales, aunque no dejaba de imponer a Francia la obligación de negociar el cambio con Suiza.

---

<sup>90</sup> Original en inglés. Traducción propia

Pese a lo dicho, en 1923 “Francia declaró unilateralmente que un cambio en las circunstancias marcado por el fin de la guerra había ocurrido, y que debido a su impacto se había eliminado el status de esos territorios”<sup>91</sup> (Suraputra, 2014, p.471). Por este acto, Suiza llevó a Francia ante la Corte, en donde se decidió que, independientemente de la existencia o no del cambio en las circunstancias, el acto unilateral de Francia era ilegal (Suraputra, 2014, p.472)<sup>92</sup>.

Lo más notable de este caso, que además concuerda con lo expuesto en el capítulo 1, es que, desde el derecho internacional, no se admite la aplicación unilateral del principio *rebus sic stantibus* como medio de terminación de las obligaciones estatales.

### 3.1.3. Casos ante la Corte Internacional de Justicia

Tan solo en dos ocasiones ha podido este tribunal internacional tratar el tema del cambio de circunstancias, ambas ocurridas luego de la suscripción de la Convención de Viena de 1969, es decir, con su artículo 62 ya en vigencia y por lo tanto con la definición de los elementos que configuran al cambio fundamental en las circunstancias.

En ambos casos, la Corte ha definido parámetros generales de aplicación del artículo 62 de la CV, que son de utilidad para su futura aplicación. Es importante mencionar el contexto de cada uno de los casos, por lo que antes de su análisis se sintetizarán brevemente los hechos respectivos; luego se expondrán los argumentos de la Corte, y se concluirá con las reglas generales que pueden inferirse de la sentencia, en relación con el cambio fundamental de circunstancias.

#### 3.1.3.1. Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Islandia)

##### Antecedentes

A través de un Intercambio de Notas entre los gobiernos británico e islandés en 1961, el primero se comprometió a reconocer una zona marítima de pesca exclusiva para Islandia<sup>93</sup> de 12 millas, y a retirar a todas sus embarcaciones pesqueras de dicha zona en un período

---

<sup>91</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>92</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>93</sup> La entrada en vigor de la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua de la ONU ocurrió en 1964, tres años después del acuerdo alcanzado por las partes.

de tres años<sup>94</sup> (CIJ, 1973, p.7). Como contrapartida, Islandia se comprometió con Gran Bretaña en los siguientes términos:

El Gobierno de Islandia continuará trabajando por la implementación de la Resolución del Althing de 5 de mayo de 1959, relativa a la ampliación de la jurisdicción pesquera alrededor de Islandia, pero deberá notificar con 6 meses de anticipación al Gobierno del Reino Unido de tal ampliación, y, en caso de una disputa relacionada con dicha ampliación, el asunto será, a instancia de cualquiera de las partes, remitido a la Corte Internacional de Justicia <sup>95</sup>(CJI, 1973, p.8).

Hasta 1971, Gran Bretaña cumplió con el reconocimiento de la zona exclusiva y el retiro de sus embarcaciones, pero en 1971, el gobierno de Islandia notificó a los británicos de su intención de ampliar su zona exclusiva, de 12 a 50 millas náuticas. Ante ello, Gran Bretaña, en base al tratado configurado en el Intercambio de Notas de 1961, demandó a Islandia ante la Corte.

#### Análisis de la Corte

Islandia decidió no presentarse ante la Corte, puesto que consideró que esta carecía de competencia para conocer el caso en virtud de un supuesto cambio de circunstancias. Ante la ausencia islandesa, la Corte tuvo que imaginar su postura de la siguiente manera:

El argumento de Islandia aparentemente es que, debido a la tendencia general de desarrollo del derecho internacional en materia de límites pesqueros durante la última década, el derecho a una zona de pesca exclusiva de 12 millas desde los límites del mar territorial ha sido ampliamente reconocido por los Estados, incluso por el Estado demandante. En tal sentido, parece que se sostiene que la cláusula compromisoria fue el precio que Islandia tuvo que pagar por el reconocimiento británico, en ese tiempo, de un límite pesquero de 12 millas. Consecuentemente, se diría que, si a día de hoy el límite de 12 millas es de aceptación general, habría un *failure of consideration* que libraría a Islandia de su compromiso<sup>96</sup> debido al cambio de las circunstancias legales. Sobre esta base es posible interpretar la declaración del Primer Ministro de 9 de noviembre de 1971 al Althing, en el sentido de que era improbable que el acuerdo se hubiera alcanzado si el Gobierno de Islandia hubiese sabido cómo evolucionarían estos asuntos<sup>97</sup> (CIJ, 1973, pp.16-17).

---

<sup>94</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>95</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>96</sup> Reconocimiento de la competencia de la Corte

<sup>97</sup> Original en inglés. Traducción propia

Ante tal postura, la Corte replica que, no sólo el asunto de los límites pesqueros, sino también la consideración de un medio para la resolución de futuras controversias, fueron las circunstancias que constituyeron la base del consentimiento de ambas partes; esto se deduce no sólo del texto del tratado, sino de la historia de las negociaciones<sup>98</sup> (CIJ, 1973, p.17).

Los magistrados continúan con su razonamiento, y plantean que efectivamente, pudo ocurrir que algunos de los motivos que indujeron a Islandia a suscribir el tratado se hayan vuelto menos atractivos, o incluso desaparecido. No obstante, eso no justifica el intento islandés por repudiar aquellas partes del instrumento cuyo objeto y propósito se ha mantenido inalterado. Los jueces se explican así:

Islandia se ha beneficiado de la ejecución del acuerdo... Por ello, es claro el deber de Islandia de cumplir con su parte del trato, que es la aceptación del juicio de la Corte sobre la validez de sus futuras reclamaciones para ampliar sus límites de pesca<sup>99</sup> (CIJ, 1973, p.18).

Al negarse a aceptar la competencia de la Corte, el gobierno islandés hizo referencia a un cambio fundamental en las circunstancias en que la pesca se realizaba en las aguas internacionales que rodean a Islandia, el incremento en la explotación de los recursos pesqueros y el inminente aumento de tal explotación a causa del desarrollo tecnológico de los buques modernos. Según Islandia, considerando la dependencia de su existencia misma y de su desarrollo a la pesca, los límites pesqueros son un asunto de interés vital para su Estado y ello le impedía someterse al juicio de la Corte.

Para los magistrados, esa postura se corresponde con “la visión tradicional del cambio en las circunstancias, por la cual, los cambios que deben ser tenidos por fundamentales son sólo aquellos que amenazan la existencia o el desarrollo vital de una de las partes”<sup>100</sup> (CIJ, 1973, p.19).

La Corte se negó a aceptar ese argumento de la siguiente forma:

Pero los cambios alegados no pudieron afectar en lo más mínimo a la obligación de someterse a la competencia de la Corte, que es el único asunto que se está tratando. Se entiende que los mencionados peligros para los intereses vitales de Islandia,

---

<sup>98</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>99</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>100</sup> Original en inglés. Traducción propia

surgidos de los cambios en las técnicas de pesca, no pueden constituir un cambio fundamental respecto a la duración o subsistencia de la cláusula compromisoria por la que se establece la competencia de la Corte...Más aún, para que un cambio circunstancial permita la terminación de un tratado, también es necesario que su resultado sea una transformación radical del alcance de las obligaciones pendientes de cumplimiento. El cambio debe haber incrementado la carga de las obligaciones por ser ejecutadas, a tal punto que el cumplimiento mismo de esas obligaciones las convierta en algo esencialmente diferente a lo que la parte aceptó cumplir<sup>101</sup>. Respecto de la obligación que a esta Corte le concierne, tal condición se incumple totalmente<sup>102</sup> (CIJ, 1973, pp.20-21).

Sustentada en tales puntos, la Corte se declaró competente para conocer la demanda planteada por Gran Bretaña.

Cabe mencionar que el Estado británico planteó además que la aplicación del cambio fundamental de circunstancias no permite la terminación unilateral ni puede ser incontrovertida; “sólo confiere un derecho para pedir la terminación y, si la otra parte se opone, someter la controversia a un órgano con el poder de determinar si las condiciones para la aplicación del principio están presentes”<sup>103</sup> (CIJ, 1973, p.21).

#### Parámetros de aplicación del artículo 62 de la Convención de Viena

De esta sentencia se pueden extraer algunas reglas generales relativas a la aplicación del cambio fundamental de circunstancias, que se enumeran a continuación:

1. Para conocer cuáles fueron las condiciones que constituyeron la base del consentimiento de las partes a la hora de obligarse, uno de los elementos a revisar es el objeto y propósito del tratado. La Corte lo plantea al decir: “El objeto y propósito del tratado...es decir las circunstancias que constituyeron la base esencial del consentimiento de ambas partes para vincularse por su acuerdo”<sup>104</sup> (1973, p.17).
2. Ante un tratado cuyas obligaciones se hallan en parte cumplidas y en parte por cumplir, por el que una de las partes se encuentra ya recibiendo los beneficios del cumplimiento de sus disposiciones, sería inadmisibles permitir

---

<sup>101</sup> The change of circumstances alleged by Iceland cannot be said to have transformed radically the extent of the jurisdictional obligation which is imposed in the 1961 Exchange of Notes (CIJ, 1973, p.21)

<sup>102</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>103</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>104</sup> Original en inglés. Traducción propia

que esa misma parte pueda incumplir con sus obligaciones aceptadas *quid pro quo* por las obligaciones que la otra parte ya ha cumplido<sup>105</sup> (CIJ, 1973, p.18).

3. La visión clásica del cambio en las circunstancias exige que, para ser denominado fundamental, éste amenace al menos al desarrollo vital del Estado.
4. Al igual que la Comisión de Derecho Internacional, la Corte Internacional de Justicia se inclina por aplicar el artículo 62 de la Convención de Viena según el enfoque de la carga insoportable.

### 3.1.3.2.Caso relativo al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros ( Hungría contra Eslovaquia)

#### Antecedentes

En 1977, Checoslovaquia y Hungría celebraron un tratado con el objeto de construir y regular la operación de un sistema de esclusas entre las localidades de Gabčíkovo y Nagymaros. De acuerdo con su preámbulo, el fin del tratado era alcanzar “una amplia utilización de los recursos naturales de la sección Bratislava-Budapest del río Danubio, para el desarrollo de recursos hídricos, energéticos, de transporte, de agricultura y otros sectores de la economía de las partes”<sup>106</sup> (CIJ, 1997, pp.14-15).

Los principales objetivos de la inversión conjunta en el sistema de esclusas era la generación hidroeléctrica, la mejora de la navegación fluvial y la prevención contra inundaciones. El financiamiento, construcción y operación de la obra se debía financiar de manera conjunta, en partes iguales.

La planificación y construcción del proyecto inició en 1978, pero en 1983, a instancia de Hungría las obras se desaceleraron, hasta que en 1989 Hungría pidió que se retomen. Sin embargo, en mayo de ese mismo año, tras muchas críticas a nivel interno, Hungría suspendió las obras en Nagymaros, y en octubre de 1989 se abandonó oficialmente el proyecto. Durante este tiempo y ante la demora del proyecto, Checoslovaquia comenzó a estudiar la opción de desviar el cauce del Danubio para sus propios proyectos hidroeléctricos. Así, en 1991, Checoslovaquia comienza con la implementación del Proyecto Gabčíkovo. Es decir, por un lado, Hungría incumple con su parte del acuerdo, y por otro, ante ese incumplimiento, Checoslovaquia inicia la construcción de un

---

<sup>105</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>106</sup> Original en inglés. Traducción propia

proyecto en el río distinto al acordado, que además afectaba los intereses húngaros. En ese estado, y tras negociaciones, en 1995 ambos Estados (Eslovaquia como sucesor de Checoslovaquia) acuerdan someterse al juicio de la Corte Internacional de Justicia<sup>107</sup> (CIJ, 1997, pp.22-23-24).

Para fines de este trabajo, se hará énfasis únicamente en el abandono del proyecto por parte de Hungría, y en su denuncia en mayo de 1991 del tratado de 1977.

### Análisis de la Corte

Hungría defendió que el tratado había terminado en virtud de un cambio fundamental en las circunstancias de 1991, respecto a las de 1977. Las circunstancias que, a su criterio, sufrieron de alteraciones fueron las siguientes:

La noción de “integración socialista”, para la cual el tratado servía originalmente de vehículo, pero que posteriormente desapareció; el único e indivisible sistema operacional del proyecto, reemplazado por un esquema unilateral; el hecho de que la base de la inversión conjunta había sido anulada por la súbita emergencia de ambos Estados a una economía de mercado; la actitud de Checoslovaquia que convirtió a un tratado marco en una norma inmutable; y finalmente, la transformación de un tratado consistente con la protección medioambiental, en una receta para el desastre ambiental...considerando el progreso en el conocimiento ambiental y el desarrollo de nuevas normas de derecho internacional ambiental<sup>108</sup> (CIJ, 1997, pp.57-61).

La Corte no niega que las condiciones político-económicas de ambos Estados eran relevantes para las partes y las consideraban al momento de la suscripción del instrumento; mas le recuerda a Hungría que el tratado preveía una inversión conjunta para la generación de energía eléctrica, el control de inundaciones y el desarrollo de la navegación en el Danubio. En vista de lo anterior, la Corte desestima el argumento húngaro con el siguiente análisis:

En definitiva, las condiciones políticas prevalecientes no estaban tan profundamente relacionadas con el objeto y propósito del tratado como para constituir una base esencial del consentimiento de las partes, y que, ante su cambio, el alcance de las obligaciones por cumplirse se alterase radicalmente. Bien puede decirse lo mismo del sistema económico vigente en 1977. Además, aun cuando la rentabilidad estimada del proyecto se mostrase menor en 1992 que lo que era en 1977, la Corte

---

<sup>107</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>108</sup> Original en inglés. Traducción propia

no considera que estaba destinada a disminuir a tal nivel que las obligaciones convencionales de las partes se hubieran transformado radicalmente como su resultado. La Corte no considera que nuevos avances en el conocimiento medioambiental y en el derecho ambiental puedan ser calificados como imprevisibles<sup>109</sup> (CIJ, 1997, p.61-62).

La Corte concluye afirmando que el cambio de circunstancias en el artículo 62 de la Convención de Viena se formula como prohibición, por lo que su aplicación se debe reducir a casos verdaderamente excepcionales.

#### Parámetros de aplicación del artículo 62 de la Convención de Viena

Las siguientes posibles reglas generales pueden extraerse de la sentencia

1. Los avances en la ciencia del Derecho no pueden ser clasificados como imprevisibles
2. La poca rentabilidad de un tratado no implica una alteración en el alcance de las obligaciones
3. El cambio de sistema político o económico de un Estado no es, por sí solo, un cambio fundamental en las circunstancias.

##### 3.1.4. Caso A. Racke GMBH &Co. contra Hauptzollamt Mainz (C-162/96)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido el único órgano jurisdiccional internacional que ha aceptado la aplicación del cambio fundamental de circunstancias para suspender un tratado (Abello, 2006, p.225). Para analizar su sentencia, se utilizará el mismo esquema de los casos anteriores.

#### Antecedentes

En 1980, la Comunidad Económica Europea y Yugoslavia celebraron un tratado comercial, por el cual se establecían ciertos beneficios arancelarios en favor de productos yugoslavos. Este régimen comercial duró más de una década, hasta que, en noviembre de 1991, el Consejo Europeo, ante el estallido ese mismo año de la guerra en Yugoslavia, emitió el Reglamento 3300/91, con el cual suspendía de manera unilateral la aplicación

---

<sup>109</sup> Original en inglés. Traducción propia

del tratado comercial y todos sus beneficios arancelarios a productos provenientes de territorio serbio (TJUE, 1998, pp.3690-3694).

Entre 1990 y 1992, la compañía alemana Racke tramitó la importación de ciertas cantidades de vino kosovar, las almacenó en Alemania, y finalmente las desaduanó en mayo de 1992, bajo el régimen comercial previsto en el tratado de 1980. Ante esto, la Dirección aduanera de Mainz exigió el pago de los aranceles respectivos, basada en el Reglamento de suspensión del tratado de 1991. Así inicia una controversia que llega al tribunal de última instancia *Bundesfinanzhof*. Es ante este tribunal que se plantea la cuestión del cambio fundamental de las circunstancias, como medio de suspensión formalizado en el Reglamento de 1991, y la legalidad del mismo. El *Bundesfinanzhof*, ante dicha alegación, se halla frente al siguiente dilema:

el desmembramiento de Yugoslavia en varios Estados nuevos y la ruptura de las hostilidades dentro de Yugoslavia, que representan un giro político decisivo, implican una modificación fundamental de las circunstancias esenciales que sirvieron de base al consentimiento de las Partes Contratantes ligadas por el Acuerdo de Cooperación. En cambio, no parece que la modificación acaecida transforme radicalmente el alcance de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Cooperación que es, sobre todo, un tratado comercial (TJUE, 1998, p.3698).

Lo anterior muestra que el tribunal alemán no se hallaba convencido enteramente de la existencia de un cambio fundamental en las circunstancias, sobre todo desde el enfoque de la carga insoportable. Por ello, le remite una consulta al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con la siguiente pregunta:

¿Es válido el Reglamento (CEE) n° 3300/91 del Consejo, de 11 de noviembre de 1991, por el que se suspenden las disposiciones comerciales establecidas por el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Federativa Socialista de Yugoslavia (DO L 315, p. 1)? (TJUE, 1998, p.3698)

### Análisis del Tribunal

El Tribunal comienza resumiendo los considerandos del Reglamento 3300/91, para encontrar las razones del Consejo para suspender el tratado, que fueron básicamente la guerra y desmembramiento de Yugoslavia y su amenaza para la seguridad internacional, las hostilidades y sus consecuencias para el comercio entre los miembros de la federación

de Yugoslavia y la Comunidad Europea y el irrespeto al alto al fuego de octubre de 1991 (TJUE, 1998, pp.3693-3694).

Dado que el caso no llegó como una controversia ante el Tribunal, sino como una consulta por un órgano judicial nacional de una norma comunitaria, no se requería un análisis profundo de las condiciones de aplicación del cambio fundamental en las circunstancias, sino sólo si el Reglamento era válido. Los magistrados se explican así:

debido a la complejidad de las normas de que se trata y a la imprecisión de determinados conceptos a los que se refieren, el control judicial debe limitarse necesariamente, en particular en el marco de una remisión prejudicial de apreciación de validez, a determinar si el Consejo, al adoptar el Reglamento de suspensión, incurrió en errores de apreciación manifiestos en lo que respecta a las condiciones de aplicación de dichas normas (TJUE, 1998, p.3706).

Coincido plenamente con Henríquez et al. (2016) en que “el Tribunal de Justicia limita...el alcance del enjuiciamiento” (p.196), en tanto reduce a dos los cinco (incluso seis) requisitos que la doctrina analiza de forma separada en el artículo 62 de la Convención de Viena. Así, la sentencia se concentra únicamente en las condiciones que constituyeron la base del consentimiento de las partes, y en el alcance de las obligaciones (TJUE, 1998, p.3706).

Para establecer las condiciones bases del consentimiento para el tratado, los jueces revisaron su exposición de motivos y concluyeron que el objeto del tratado era crear un régimen comercial de cooperación, con el propósito de estrechar los lazos de vecindad entre las partes. Ante el inicio de las hostilidades en Yugoslavia, el Tribunal sostiene lo siguiente, que suscribo en su totalidad:

Habida cuenta de la existencia de un objetivo de tal envergadura, el mantenimiento de una situación de paz en Yugoslavia, indispensable para las relaciones de buena vecindad, y la existencia de instituciones capaces de garantizar la realización de la cooperación contemplada por el Acuerdo en todo el territorio de Yugoslavia, constituían un requisito esencial para iniciar y proseguir la cooperación prevista por el Acuerdo (TJUE, 1998, p.3707).

Sin embargo, en cuanto al análisis del cambio radical en el alcance de las obligaciones, considero que no es del todo satisfactorio. A criterio del Tribunal:

no parece que el Consejo haya incurrido en un error manifiesto de apreciación, al señalar en el segundo considerando del Reglamento controvertido que «la continuación de las hostilidades y sus consecuencias sobre las relaciones económicas y comerciales, tanto entre las Repúblicas de Yugoslavia como con la Comunidad, representan una modificación radical de las condiciones en las que se celebró el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Federativa Socialista de Yugoslavia y sus Protocolos» y «que dichas hostilidades ponen en tela de juicio la aplicación de éstos».

Si bien es cierto, como afirma Racke, que siguieron produciéndose algunos intercambios comerciales con Yugoslavia y que la Comunidad habría podido continuar otorgando concesiones arancelarias, no lo es menos que, como señala el Abogado General en el punto 93 de sus conclusiones, la aplicación de las normas de Derecho consuetudinario internacional de que se trata no presupone la imposibilidad de cumplir las obligaciones y que no tenía sentido seguir otorgando preferencias, con objeto de estimular el comercio, dado que Yugoslavia estaba escindiéndose (TJUE, 1998, p.3707).

En 1998 ya existían los dos precedentes de la Corte Internacional de Justicia, en los que se confirmaba el enfoque del artículo 62 desde la carga insostenible, es decir, que al hablar de cambio radical del alcance de las obligaciones, se hace referencia a una repentina y excesiva onerosidad aparejada al cumplimiento de la obligación. En ese sentido, la “escisión de Yugoslavia” quizá le quitaba al tratado su razón de ser, pero no explica cómo se relaciona ello con la creciente onerosidad de la obligación, más aún si se considera que en el mismo año de 1991, mediante el Reglamento 3567/91, y en 1992 mediante el Reglamento 545/92, la Comunidad Europea concedió beneficios comerciales “equivalentes en lo esencial al Acuerdo de Cooperación de 1980 suspendido por la Comunidad” (TJUE, 1998, p.3695) a Bosnia-Herzegovina, Macedonia, Eslovenia y Montenegro, países involucrados en el conflicto yugoslavo<sup>110</sup>.

Lo expuesto hace que, al igual que el *Bundesfinanzhof*, personalmente tenga mis reservas en cuanto a si hubo un verdadero cambio radical en el alcance de la obligación, considerando que, como bien dice el tribunal alemán, se trataba de un acuerdo puramente comercial que llevaba en vigor más de una década. No existe pues, un análisis profundo que explique cómo el seguir otorgando beneficios arancelarios a productos yugoslavos (y

---

<sup>110</sup> Lo anterior permite suponer que el Reglamento de suspensión tuvo más un carácter punitivo en contra de Serbia

específicamente serbios), que los habían gozado por años, se convirtió en una carga insoportable. De todas maneras, el mismo Tribunal menciona que su análisis se limita a buscar errores manifiestos de apreciación, no a verificar si el artículo 62 de la CV era plenamente aplicable al caso.

### Parámetros de aplicación del artículo 62 de la Convención de Viena

Dada mi discrepancia con el criterio del Tribunal en su parte final, considero que lo más importante de esta sentencia es la reiteración de que, para definir las circunstancias base del consentimiento, se debe acudir a la exposición de motivos y negociación de los instrumentos internacionales; cometido que rebasa el alcance de este trabajo.

Una vez concluido el análisis casuístico del cambio fundamental de circunstancias, se llega a la parte central de la presente investigación, que es la posibilidad de afirmar que el ejercicio del poder constituyente originario de simple organización, específicamente el ejercido por el Ecuador en 2008, constituye un cambio fundamental de circunstancias que permite dar por terminados ciertos tratados.

Ya en el primer capítulo se adelantaron algunos aspectos del cambio de circunstancias previstos en el artículo 62 de la Convención de Viena; en este apartado se profundizará en ellos, con los aportes tanto de la doctrina como de la jurisprudencia y casuística ya analizada. A su vez, se tomarán los elementos característicos del poder constituyente en general definidos en el segundo capítulo, para añadirlos al análisis del poder constituyente específico del año 2008 en Ecuador. Con todos los elementos anteriores será posible realizar el estudio comparativo objeto de esta investigación. Para ello, la metodología a utilizar será la siguiente: en apartados individuales se analizará cada uno de los cinco elementos que la Convención de Viena exige de un cambio circunstancial como modo de terminación, y serán comparados con los elementos del poder constituyente del 2008 que se les correspondan, para determinar si estos últimos pueden cumplir con los parámetros que la Convención establece. Una vez estudiado lo anterior, se podrá responder concretamente a la pregunta de investigación que guía todo este trabajo.

### 3.2. Los Tratados de Protección de Inversiones y la Constitución de 2008

#### 3.2.1. Denuncia de tratados de protección de inversiones

Antes de revisar los cambios constitucionales que llevaron a ciertos funcionarios a sostener el planteamiento que este trabajo pretende estudiar, conviene conocer

brevemente el proceso que aparentemente enfrentó a la Constitución del 2008 con los tratados bilaterales de protección de inversiones.

Los tratados bilaterales de protección de inversiones<sup>111</sup> son instrumentos que contienen “un compendio de reglas destinadas a la protección de los inversores nacionales de un país en un país extranjero” (Arsen, 2003, p.1). Si bien cada uno tiene sus particularidades, de acuerdo con la autora Arsen (2003), la esencia de estos tratados se halla en cinco puntos:

la admisión de estas inversiones sin condiciones especiales o procedimientos burocráticos; el tratamiento del inversor en un pie de igualdad con el inversor nacional (o con otros internacionales); la aplicación de procedimientos legales en caso de expropiación; libre remisión de divisas, y resolución de disputas mediante negociaciones entre Estado e inversor y en caso de fracasar acordar un sistema arbitral internacional (p.34).

El propósito principal de estos acuerdos es la creación de un régimen que garantice la seguridad jurídica al inversionista, y lo proteja ante posibles medidas arbitrarias o discriminatorias por parte de los gobiernos de los países receptores de la inversión. Tal fin es en principio razonable; el Estado que se beneficia de la inversión extranjera le asegura al inversor foráneo la estabilidad que su negocio requiere.

Pese a esta aparente razonabilidad de los tratados, su aplicación generó muchos detractores, entre ellos el Presidente Correa, quien desde su primera campaña electoral los criticó, y desde el gobierno inició su proceso de revisión y denuncia, sobre todo “a partir de la ratificación de la Constitución de 2008 que reafirma y fortalece el mandato de un Estado regulador, lo que entra en contradicción con los compromisos contraídos en los TBI” (CAITISA<sup>112</sup>, 2017, p.11).

Para comprender por qué se dio esta revisión a los tratados criticados, debe revisarse cuál fue el contexto y las circunstancias históricas en que se celebraron, desde la perspectiva de sus detractores, dado que de ellos nació la iniciativa para denunciarlos, al igual que los argumentos para hacerlo, como se verá más adelante.

---

<sup>111</sup> En adelante TBI

<sup>112</sup> Estas son las siglas de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones, creada mediante Decreto Ejecutivo No. 1506, de 6 de mayo de 2013, como órgano oficial de revisión de los TBI y sus resultados en los arbitrajes internacionales

### 3.2.1.1.Contexto de celebración de los TBI

En el Ecuador, durante la segunda mitad del siglo XX el Estado buscó cambiar su modelo económico predominante, de la extracción y exportación de materias primas a la industrialización apoyada por una fuerte intervención estatal en ciertos sectores económicos; tal cambio nunca ocurrió verdaderamente, y el *extractivismo* siguió siendo el modelo ecuatoriano (SENPLADES, 2007, p.16).

A finales de los años ochenta, y ante la necesidad de financiamiento, “la experiencia de la crisis de la deuda externa llevó a los gobiernos a buscar capitales internacionales por la vía de atraer inversiones en lugar de contraer deuda” (CAITISA, 2017, p.10). La idea básica detrás de esta política era que países como el Ecuador requerían de la inversión extranjera para alcanzar sus objetivos de desarrollo; sin embargo, tal inversión jamás llegaría sin que antes el Estado receptor de aquella otorgue ciertas garantías a los inversores extranjeros (CAITISA, 2017, p.9). De esta manera, los TBI constituyen precisamente ese régimen de garantías atractivas para la inversión; inversión que sería el motor de la economía nacional para impulsar ese desarrollo. La estrategia no era particularmente compleja: celebrar TBI con Estados poseedores de capital, y esperar que tales seguridades hagan de la inversión en Ecuador un negocio atractivo.

Para Arsen, lo último debe entenderse

dentro de un marco internacional de explosión de la globalización, con el notable interés que despertaban las economías emergentes sobre todo por la política (impulsada a partir del “Washington consensus”) de privatización de sus empresas estatales, que resultaban sumamente atractivas (2003, p.3).

Es decir, de acuerdo con los críticos de los TBI, su rápida expansión en las economías subdesarrolladas<sup>113</sup> es tan sólo uno de los signos más del período neoliberal de fin del siglo XX.

### 3.2.1.2.Consecuencias de los TBI para el Ecuador

Con la celebración de varios TBI, quizá la expectativa por inversión extranjera que contribuyese determinantemente al desarrollo del país era muy alta. Pese a ello, durante la década de los 90 y los primeros años del siglo XXI, las cifras arrojadas por ciertos

---

<sup>113</sup> Entre 1992 y 2003, el Ecuador suscribió y ratificó 27 TBI (CAITISA, 2017, p.15)

indicadores económicos demostraban una realidad que no se correspondía con las expectativas que acompañaron a la celebración de los tratados en cuanto a atracción de inversiones y su contribución al desarrollo (CAITISA, 2017, p.11).

La realidad descrita condujo a la revisión de los TBI y a un estudio más allá de sus aparentes bondades para los inversores y el Estado receptor. Para algunos críticos, los puntos clave de estos instrumentos fueron “una suerte de caballo de Troya dentro del cual venían también conjuntamente una serie de modificaciones, cambios y efectos que paradójicamente no permitieron a la postre el alcance de estos beneficios” (Arsen, 2003, p.34).

Así por ejemplo, tres de los puntos principales de todo TBI acarrear consecuencias potencialmente negativas para el país: el ingreso irrestricto de inversiones extranjeras no permite priorizarlas ni proteger a la inversión nacional; el trato de nación más favorecida o los “estándares mínimos internacionales” pueden convertirse en una forma de menoscabar la vigencia de la legislación nacional; las restricciones a la potestad expropiatoria estatal o conceptos como el de “expropiación indirecta” suponen una limitación absurda a una potestad soberana de todo Estado (Arsen, 2003, pp.35-36).

En cuanto a datos oficiales, los que ofrece CAITISA permiten concretar los siguiente tres argumentos en contra de los TBI.

#### Los arbitrajes internacionales han ocasionado un enorme perjuicio económico al Estado

Hasta 2017

Se ha pagado USD \$ 1.342'115.969 en función de laudos negativos o por acuerdo de partes (a las empresas IBM, Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala, Oxy y Chevron).

Entre pagos ya realizados por laudos con base en TBI, honorarios y costos arbitrales y pagos a bufetes por concepto de gastos de la defensa, la suma desembolsada por el Estado ecuatoriano asciende a USD \$1.498'045.386 monto que equivale al 5,8% del PGE de 2017.

En suma, habría una amenaza de pagos por cuantías determinadas que asciende a USD \$13.409'667.571. (Si se añade los laudos negativos bajo impugnación por parte de Ecuador: casos Burlington, Cooper Mesa y Murphy III). Valor que se acerca al 52% del Presupuesto General del Estado de 2017 (CAITISA, 2017, p.61).

### El aporte de la inversión extranjera a la economía nacional es reducido

Para CAITISA (2017) la inversión extranjera directa es “marginal, bastante menos que la inversión pública y, por supuesto, que la privada nacional” (p.63).

Su informe revela que para el Ecuador esas inversiones representan

sólo el 1,11% del PIB durante el período 2000-2013...Ecuador recibe solo 0,79% de la IED que llega del mundo a América Latina y el Caribe...La composición de la IED que llega a Ecuador indica que la mitad se debe a reinversión de utilidades...Las grandes empresas con IED reinvirtieron, en 2013, sólo el 1,3% de sus utilidades, cuando en 2003 invirtieron el 5,5%...generan sólo el 5% de empleo a nivel nacional (2017, pp.63-66).

### No existe relación directa entre la inversión extranjera directa y los TBI

El 60% de la inversión extranjera en Ecuador “tiene origen en países con los cuales no se ha suscrito TBI o son paraísos fiscales” (CAITISA, 2017, p.64).

Si bien se dijo que la clave para atraer a los inversores extranjeros estaba en garantizarles seguridad jurídica mediante los TBI, para CAITISA (2017) “otras circunstancias, como la alta concesión de beneficios a compañías petroleras, contribuyeron a ese flujo de capitales, y que los TBI no fueron determinantes” (p.93).

En definitiva, con estas cifras lo que los detractores de los TBI pretenden dejar en evidencia es el pésimo negocio que resultó para el Estado el haberlos celebrado. Naturalmente, ninguno de los argumentos presentados ha sido de carácter jurídico, considerando que los TBI no se enfrentaban con la legislación ecuatoriana. Sin embargo, luego del proceso constituyente del año 2008, ya se generó el planteamiento de que los TBI no sólo eran perjudiciales en términos económicos para el Estado, sino además contrarios a la nueva Constitución. Corresponde entonces señalar qué cambios respecto de la norma fundamental de 1998, según los críticos, enfrentan a tales instrumentos internacionales con la Constitución de Montecristi.

#### 3.2.1.3.Cambios constitucionales de 2008

Los reparos en contra de los TBI pueden verse materializados en el proceso constituyente de 2008, cuya culminación es un texto constitucional que propone un modelo de Estado y económico supuestamente irreconciliable con los acuerdos internacionales de protección de inversiones tal como fueron suscritos casi diez años atrás.

Si bien se dejará para después el análisis específico de los cambios constitucionales entre los textos de 1998 y 2008, de momento se señalará simplemente cuáles son los principales argumentos de orden constitucional, que los detractores de los TBI utilizan para alegar su supuesta inconstitucionalidad.

### Límite a la capacidad de planificación, regulación y control del Estado

Los TBI suponen no sólo un régimen de protección a la inversión extranjera, sino que van mucho más allá, mermando las competencias estatales de regular la economía y planificar el desarrollo; en ese sentido, tales instrumentos están en abierta contradicción con los principios generales del Régimen de Desarrollo (Título VII de la Constitución) y específicamente con el artículo 339<sup>114</sup> de la Norma Fundamental. CAITISA lo expone de esta forma:

La Constitución vigente, respecto de las inversiones, dispone que tanto la inversión nacional, cuanto la extranjera se han de orientar al cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, lo cual implica un direccionamiento o, por lo menos, vigilancia estatal para su efectiva realización. Esto choca con la liberalidad garantizada en los TBI. Uno de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo es la transformación del Estado y la recuperación de sus capacidades reguladoras y planificadoras dirigidas a la satisfacción de las necesidades de la población, lo cual admite la adopción de medidas y expediciones legales en ejercicio de la soberanía nacional. Sin embargo, de forma intolerable, los actos internos del Estado, especialmente regulatorios, están sometidos a control internacional cuando los árbitros son quienes deciden si guardan conformidad con los estándares de protección de las inversiones (2017, p.21).

### Desajuste con la garantía normativa de los derechos constitucionales

Las estipulaciones contenidas en los TBI vuelven a los inversores extranjeros “sujetos de todos los derechos sin contrapartida alguna” (CAITISA, 2017, p.23). Este rasgo hace que tales normas internacionales, que forman parte de nuestro ordenamiento interno y están

---

<sup>114</sup> Art.339: El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales. 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, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados (...)

subordinados a la Constitución, no sean a su vez normas que garanticen los derechos previstos en la Norma Fundamental, tal como exige el artículo 84 de la misma. El informe oficial del gobierno sobre estos tratados recoge esta crítica así:

los derechos de los inversores consagrados en los TBI y las posibilidades que se les otorga de demandar a los Estados, vulneran directamente la obligación de los Estados, de respetar y hacer respetar los derechos humanos en su territorio... en los tratados de inversiones, promovidos por los organismos internacionales y los gobiernos de países de origen de los capitales, no se estipulan obligaciones internacionales vinculantes para las sociedades transnacionales que les obligue a respetar y hacer respetar los derechos de los pueblos, los ambientales, laborales y culturales (CAITISA, 2017, pp.21-23).

Evidentemente la fuerza de estos argumentos yace en poder sustentarlos a su vez con evidencia empírica que demuestre esta situación, más en este apartado solo me limito a exponerlos en su formulación teórica.

Otro argumento por la inconstitucionalidad de los TBI es la prohibición contenida en el artículo constitucional 422, pero prefiero dejar el análisis del mismo para más adelante, considerando que la Corte Constitucional centra sus estudios alrededor de este artículo.

#### 3.2.1.4. Oficio presidencial y pronunciamientos de la Corte

Como se dijo líneas atrás, el entonces Presidente Correa se declaró detractor de los TBI, y consecuentemente inició el proceso de denunciarlos, comenzando con la denuncia, durante su primer mandato, del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que no es un TBI, pero sí un elemento del sistema internacional de arbitraje de inversiones.

Durante su segundo mandato, el día 6 de enero de 2010 mediante el Oficio No. T.4766-SNJ-10-21, el Presidente de la República solicitó a la Corte Constitucional que se pronuncie respecto a la constitucionalidad de cinco TBI, y si su denuncia requería o no del pronunciamiento favorable de la Asamblea Nacional. Los TBI mencionados fueron suscritos con Alemania, Gran Bretaña, Finlandia, Francia y Suecia<sup>115</sup> respectivamente.

En el mencionado oficio presidencial, el Jefe de Estado justificó la necesidad de denunciar estos tratados en que los tribunales de arbitraje internacional

---

<sup>115</sup> Estos 5 TBI fueron suscritos entre 1994 y 2001

Al someter jurisdiccionalmente al Ecuador, (la mayoría con sede en Washington), al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no suelen tomar en cuenta el derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de ‘inversión’, llegando a desconocer el derecho nacional cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido ‘arbitrarias’ o ‘discriminatorias’ (citado por Corte Constitucional, 023-10-DTI-CC, p.9)<sup>116</sup>.

Otro argumento presidencial en contra de los TBI fue que éstos “contienen cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución de conflictos relativos a dichos convenios, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana” (citado por Corte Constitucional, 020-10-DTI-CC, p.14).

La Corte Constitucional emitió cinco dictámenes relativos a la cuestión planteada por el Presidente de la República: el 24 de junio de 2010 se emitieron los dictámenes sobre los TBI con Alemania y Gran Bretaña; el 29 de julio del mismo año el dictamen del TBI con Finlandia; y finalmente el 16 de septiembre de 2010 los dictámenes de los TBI con Francia y Suecia.

Curiosamente, pese a la crítica expuesta líneas atrás, todos los dictámenes de la Corte siguen un mismo patrón<sup>117</sup>, y es que se limitan únicamente a declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones de los TBI que regulan el recurso al arbitraje internacional para dirimir las controversias sobre interpretación y aplicación del acuerdo entre las Partes Contratantes<sup>118</sup>, o las controversias entre una de las Partes y un inversionista extranjero cuya nacionalidad corresponda a la del Estado que es la otra Parte Contratante, por considerarlas contrapuestas a la prohibición contenida en el artículo 422 de la Norma Fundamental. Los miembros de la Corte, en sus dictámenes, reconocen que

---

<sup>116</sup> La misma cita se encuentra en los dictámenes 029-10-DTI-CC, 020-10-DTI-CC, y 031-10-DTI-CC de la Corte Constitucional

<sup>117</sup> En el Dictamen 023-10-DTI-CC (Alemania) y en el Dictamen 031-10-DTI-CC (Francia) los magistrados declaran la inconstitucionalidad de las disposiciones en que se establece que, cuando una disposición normativa de una de las Partes Contratantes sea más favorable para la inversión extranjera, se aplicará aquella en lugar del TBI; los jueces consideran tales estipulaciones contrarias al principio de jerarquía contemplado en el artículo 425 de la Constitución. La Corte también declara inconstitucional el artículo 8 del TBI con Alemania, por contemplar una aplicación retroactiva del instrumento.

<sup>118</sup> Existe una contradicción en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, dado que en el dictamen del TBI con Finlandia (026-10-DTI-CC), tercero en orden cronológico, sólo se reconoce como inconstitucional al arbitraje entre el Estado y el inversionista extranjero, más no el arbitraje entre Estados (p.24).

el resto de artículos de los TBI guardan conformidad con el texto constitucional ecuatoriano vigente.

En su texto, básicamente la Constitución prohíbe a los agentes estatales celebrar tratados en los que se acuerde que el Estado ecuatoriano “ceda jurisdicción soberana” (Constitución, art.422) a un tribunal de arbitraje internacional, en controversias de índole contractual o comercial, surgidas entre el Estado ecuatoriano y personas privadas. Para la Asamblea Constituyente, esta prohibición

recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador...Históricamente, en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial (citada por Salvador & Riofrío, 2010, p.93).

Evidentemente, para los asambleístas constituyentes esta prohibición respondía más a la inconveniencia de inmiscuir al Estado en una controversia con un inversor extranjero, que a una incompatibilidad con el nuevo modelo económico que la Constitución establece. Ahora bien, los magistrados de la Corte Constitucional se basan en este artículo para determinar que los mecanismos de arbitraje dispuestos en los TBI son inconstitucionales, y para ello forman el siguiente orden de ideas, presente en todos los dictámenes.

Primero, en un informe emitido el 25 de marzo de 2010<sup>119</sup>, el Pleno de la Corte determinó que los TBI son acuerdos comerciales, “al abordar una temática relacionada directamente con el ámbito comercial, como es la de las inversiones” (023-10-DTI-CC, p.29), y como tales se encuadran en el numeral 6 del artículo 419 de la Constitución<sup>120</sup>. Luego, tras reconocer a los TBI como acuerdos de índole comercial, éstos caen dentro de la prohibición constitucional de tratados que dispongan arbitrajes en materia comercial entre el Estado y personas privadas. Así lo manifiesta la Corte:

No se puede permitir la creación de estos tribunales ad hoc para la solución de controversias que se suscitaren del presente tratado, porque iría en contra no solo de

---

<sup>119</sup> No disponible en la página web oficial de la Corte Constitucional

<sup>120</sup> La mención a este informe se repite en los dictámenes 029-10-DTI-CC (p.21) y 031-10-DTI-CC (p.23).

disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República (023-10-DTI-CC, p.29)<sup>121</sup>.

Los dictámenes sobre los TBI con Gran Bretaña (020-10-DTI-CC, p.27) y Finlandia (026-10-DTI-CC, p.21) contienen prácticamente la misma argumentación.

En conclusión, la Corte Constitucional determina que, los tratados que contemplen el arbitraje en materia de inversiones entre el Estado ecuatoriano e inversores nacionales de otro Estado, son inconstitucionales porque la Constitución los prohíbe.

En cuatro de sus dictámenes, los miembros de la Corte concluyeron además que, por ser los TBI instrumentos que “comprometen al país en acuerdos de integración y de comercio” (Constitución, art.416, num.6), su denuncia requiere el pronunciamiento favorable de la Asamblea Nacional; en el dictamen del TBI con Gran Bretaña, la Corte se contradice y menciona que se requiere la aprobación legislativa para la denuncia, por ser el TBI un acuerdo que “atribuye competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional” (Constitución, art.416, num.7). No obstante esta diferencia, la conclusión se mantiene igual, y los magistrados le remiten sus dictámenes al Jefe de Gobierno, para que éste solicite a su vez la aprobación del Poder Legislativo.

#### 3.2.1.5. Informes de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral e Informe de CAITISA

Una vez emitidos los dictámenes constitucionales, el Jefe de Estado solicitó a la Asamblea Nacional que apruebe su iniciativa de denuncia de los TBI. El tratamiento de la cuestión recayó sobre la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral (en adelante la Comisión), que emitió cinco informes para la consideración del Pleno de la Asamblea Nacional. Los informes sobre los TBI con Alemania y Gran Bretaña fueron suscritos el 9 de agosto de 2010, el informe relativo al acuerdo con Finlandia se suscribió el 18 de octubre del mismo año, y el 14 de febrero de 2011 ocurrió lo propio con los informes sobre los TBI con Francia y Suecia.

---

<sup>121</sup> Esta cita se encuentra también, de manera textual, en los dictámenes 029-10-DTI-CC (p.21) y 031-10-DTI-CC (p.23)

A diferencia del dictamen constitucional, el informe de la Asamblea puede ser menos riguroso, en el sentido de que no debe restringirse al análisis de la conformidad del instrumento internacional con el texto constitucional, sino que puede también referirse a temas como por ejemplo la conveniencia del instrumento y su denuncia o los resultados que su aplicación ha traído.

Además de algunas otras consideraciones, el razonamiento central de la Comisión se halla en el cambio fundamental de las circunstancias en que se celebraron los TBI, lo cual justificaría su denuncia. En su informe sobre el TBI con la República Alemana<sup>122</sup>, la Comisión Especializada presenta en primer lugar, el cambio experimentado por el Ecuador a raíz del poder constituyente ejercido en el 2008:

En el año 2007 el gobierno ecuatoriano propuso a la sociedad una reforma estructural de las instituciones jurídicas y políticas, recibiendo un apoyo mayoritario de las ciudadanas y ciudadanos, con el propósito de generar el actual proceso constituyente, una de cuyas etapas fue la elaboración y ulterior aprobación de la Carta Constitucional, cuya concepción, fundamentos y naturaleza es esencialmente diferente a la que nos regía con anterioridad, es decir, el Código Político reformado en el año de 1998. El 20 de octubre de 2008 entró en vigencia la Nueva Constitución de la República del Ecuador, que establece un Estado Constitucional de Derechos Y Justicia; inaugura un sistema económico social y solidario que reconoce al ser humano como sujeto y fin...todo en ello en contraposición con la anterior Constitución que establecía un Estado “social de derecho” y un *libre mercado* como eje de la política económica (2010, p.6).

Acto seguido, los asambleístas ofrecen una breve explicación general de la institución del *rebus sic stantibus*. Finalmente, proceden a exponer cómo se ha manifestado el cambio de circunstancias en el Ecuador:

El Ecuador ha dado estricto cumplimiento al Convenio...aun cuando en efecto se ha producido el objetivo y evidente cambio cardinal de las circunstancias...La Convención de Viena, reconoce la doctrina de *rebus sic stantibus*...y podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él cuando concurren los siguientes presupuestos: a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado (ordenamiento jurídico liberal, economía de mercado, previstos en la Constitución de 1998); b) ese

---

<sup>122</sup> Los informes de los TBI con Gran Bretaña (pp.6-7) y Finlandia (pp.6-7) reproducen exactamente el mismo texto, por lo que sólo se citará el informe del instrumento con Alemania

cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado (2010, p.7).

El informe del TBI con Suecia<sup>123</sup> es en la práctica igual a los tres anteriores, con la salvedad de que puntualiza cuál fue la modificación radical en el alcance de las obligaciones de la siguiente manera: “b) ese cambio tenga por efecto modificar el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado; (Ordenamiento jurídico de un Estado constitucional de derechos y garantías en 2008)” (2011, p.7).

Es de estos planteamientos legislativos de donde surge la cuestión planteada en el presente trabajo de disertación. Es interesante mencionar que, si bien todas las solicitudes presidenciales fueron aprobadas por la Asamblea Nacional entre 2010 y 2011, únicamente el TBI con Finlandia se denunció en 2010<sup>124</sup>; la denuncia de los TBI con Gran Bretaña<sup>125</sup>, Alemania<sup>126</sup> y Suecia<sup>127</sup> fue uno de los últimos actos de gobierno del ex Presidente Correa, pues todos esos decretos se expidieron el mismo día 16 de mayo de 2017, más de seis años después de la denuncia del TBI finlandés. Más curioso aun es el hecho de que el TBI con Francia todavía no ha sido denunciado<sup>128</sup>.

Podría decirse que los planteamientos de los informes legislativos fueron emitidos hace ya un par de años; sin embargo, en el Informe Ejecutivo elaborado por CAITISA, publicado en mayo de 2017 se retoma la posición del cambio fundamental de circunstancias. El motivo por el que no se reproducen esos argumentos en este apartado, es que se los utilizará para la siguiente y última parte del presente trabajo de disertación, que es la comparación entre el poder constituyente de 2008 y el supuesto cambio de circunstancias aplicado a los cinco TBI mencionados según la metodología expuesta al inicio de este tercer apartado, a fin de dilucidar si tal institución internacional puede ser aplicada razonablemente a este caso en concreto.

### 3.3.Cambio de circunstancias y poder constituyente de 2008

#### 3.3.1. Requisitos del cambio según el artículo 62 de la Convención de Viena

##### 3.3.1.1.Cambio fundamental de circunstancias

---

<sup>123</sup> El informe del TBI con Francia reproduce exactamente el mismo texto

<sup>124</sup> Decreto 576

<sup>125</sup> Decreto 1399

<sup>126</sup> Decreto 1400

<sup>127</sup> Decreto 1404

<sup>128</sup> Los datos presentados han sido recogidos de la plataforma oficial de la Presidencia para consulta de decretos [https://minka.presidencia.gob.ec/portal/usuarios\\_externos.jsf](https://minka.presidencia.gob.ec/portal/usuarios_externos.jsf). Accedida el día 11 de abril de 2018

## Posición Oficial

Lo primero que corresponde hacer es presentar los argumentos según los cuales, de acuerdo con la Asamblea Nacional y CAITISA, existió un cambio de circunstancias fundamental, entre aquellas imperantes entre 1994 y 2001, y aquellas existentes en 2010, 2011 y que duran hasta la actualidad. Como ya se dijo, la Asamblea resumió su posición en que las circunstancias a fines e inicios del siglo XX en el Ecuador básicamente estaban relacionadas con una economía social de mercado y el neoliberalismo, mientras que las circunstancias actuales tienen su relación esencialmente con el nuevo modelo económico social y solidario, traído y consagrado por la nueva Constitución de 2008. CAITISA (2017) fue un poco más específica y mencionó lo siguiente:

habría un cambio fundamental de circunstancias que se consagra en la nueva Constitución de la República...el Ecuador modificó las reglas por las cuales el Estado funcionaba bajo un ordenamiento jurídico basado en el modelo neoliberal. La nueva organización del Estado significa un cambio substancial en su naturaleza. Se reivindica la recuperación de la soberanía en general, de las competencias del Estado y de su capacidad regulatoria, la efectividad del derecho sobre los recursos naturales y energéticos, y la democracia participativa (pp.24-29).

Ante esta línea argumentativa, lo más conveniente es volver al argumento un poco más sucinto, separando elementos que no guarden coherencia con el mismo.

Antes que nada, es preciso desechar el punto de la “reivindicación de la soberanía”, en tanto no se relaciona con los TBI. El hecho de que en estos instrumentos el Estado acceda a sostener y resolver controversias entre él e inversionistas extranjeros ante un tribunal internacional, que en principio las resolverían sus propias cortes nacionales, no es renuncia de la soberanía (Salvador & Riofrío, 2010, pp.95-96). Precisamente por ser soberano el Estado, tiene la capacidad de intervenir en la celebración de estos tratados y reconocer la competencia de los tribunales internacionales; por ser soberano podría negarse a aceptar tales condiciones también, depende enteramente de su voluntad. De esto se desprende que la discusión relativa a los TBI no debiera entrar en el terreno de la soberanía.

En cuanto a los puntos de “recuperación de competencias, efectividad sobre derechos y democracia” todos ellos pueden suscribirse dentro de la economía social y solidaria, como se verá más adelante. Por esto, podría decirse que el argumento principal es que el cambio

de modelo por una economía social y solidaria constituye un cambio fundamental de circunstancias. Dado que ninguno de los órganos oficiales desarrolla con profundidad este argumento, corresponde en este trabajo intentar hacerlo. Así, es momento de exponer qué es la economía social y solidaria y por qué sería *fundamentalmente* opuesta al modelo propuesto desde la Constitución de 1979 y 1998.

En el artículo 283 de la Constitución vigente se establece que el sistema económico ecuatoriano es social y solidario; en tal sentido, este sistema económico debe estudiarse desde tres puntos: la economía social, la economía solidaria y el rol del Estado<sup>129</sup>.

Grijalva (2012) conceptualiza a la economía social así:

tipo de economía requerida por un Estado social y democrático que proclama la Constitución en el artículo 1, y que tiene como fundamento el derecho y principio de igualdad...la profundización del principio de igualdad material puede y lleva a la regulación del mercado y a la democratización tanto de la propiedad como de las decisiones en pos de una economía efectivamente más igualitaria (p.38).

A lo anterior, el autor añade que el trabajo debe primar sobre el capital, y que por tanto este sistema conduce a una distribución más equitativa de los frutos de los procesos de producción (2012, p.37).

Si cabe, puede decirse que, en lo esencial, la economía social persigue la participación de todos los actores involucrados en la producción de bienes y prestación de servicios, de las ganancias que esos procesos generan; pero tal participación debe ser justa, en el sentido de que quien aporta con su trabajo pueda gozar de los mismos derechos que aquellos quienes contribuyen con el capital. Allí entra la democracia participativa, pues únicamente, cuando todas las personas involucradas en los procesos de producción tienen la posibilidad de influir en las decisiones que sobre ellos se toman, y no sólo los dueños del capital, se hace posible que la riqueza se distribuya y se evite la tendencia capitalista hacia la acumulación desproporcionada. Grijalva incluso añade que esta democratización debe expandirse “a la participación equitativa de todos en la producción, distribución y circulación” (2012, p.41) según el artículo 320 de la Norma Fundamental.

Por su parte, la economía solidaria añade una perspectiva distinta a la tradicional, desde la cual, lo más relevante es la satisfacción de las necesidades materiales e inmateriales de

---

<sup>129</sup> Esta descripción de la economía social y solidaria se limita al ámbito doctrinario, puesto que no ha existido desarrollo jurisprudencial ecuatoriano al respecto.

las personas, que dé vigencia plena a todos sus derechos. Lo anterior “impide un diseño institucional orientado exclusivamente al crecimiento o la estabilidad macroeconómica, puesto que requiere explicitar de manera concreta el modo cómo determinada política o institución pública proyecta concretar ciertos derechos” (Grijalva, 2012, p.40). Lo anterior puede traducirse sucintamente en una “subordinación de la economía a los derechos” (Grijalva, 2012, p.46). De esta manera, el parámetro para evaluar cualquier medida económica debe ser, ante todo, su contribución a los derechos; esto se hace efectivo mediante la garantía constitucional de políticas públicas, prevista en el artículo 85 de la Constitución. Por lo expuesto, desde la doctrina se puntualiza que “la economía solidaria se diferencia de la tradicional a partir de la utilización de una perspectiva que reconoce que ni todo puede o debe ser evaluado en términos mercantiles o cuantitativos”<sup>130</sup> (Wautiez, Bisaggio, & De Melo, 2004, p.281).

La economía social y solidaria es posible, en tanto el Estado juegue un papel importante, y precisamente la Constitución de 2008 “fortalece el rol del Estado en la economía” (Grijalva, 2012, p.25). Este rol del Estado se manifiesta en una planificación mucho más profunda, para garantizar que se cumplan los objetivos del sistema social y solidario, aunque sin tornarlo en una “economía centralmente planificada o estatista... mantiene el mercado, aunque fuertemente regulado, preserva la propiedad privada, garantiza la libertad de empresa y en general el sector privado de la economía” (Grijalva, 2012, p.43). Esta planificación del Estado, que debe también ser participativa y democrática, se expone en el Régimen de Desarrollo de la Constitución, cuyos lineamientos principales se hallan en los artículos 275, 276, 277, 279 y 280.

Conocidos a breves rasgos los postulados principales del sistema social y solidario, hay que pasar a presentar las razones por las que este sistema es distinto al consagrado en las Constituciones de 1979 (economía de mercado-art.45) y 1998 (economía social de mercado-art.244).

Para Grijalva (2012) la principal diferencia entre el sistema social y solidario, y el social de mercado, se halla en “los medios que se constitucionalizan para efectivizar” (p.40) los derechos. Naturalmente ambas proclaman como objetivos la igualdad de derechos, un desarrollo sustentable, participación democrática, entre otros<sup>131</sup> (Constitución 1998, arts.

---

<sup>130</sup> Evidentemente, esto genera serias dificultades a la hora de evaluar la situación económica de un país a través de los indicadores tradicionales

<sup>131</sup> La Constitución de 1979 es mucho más escueta en estos términos (art.45)

242-243). Pero por su parte, en la economía social de mercado, “el mercado, aunque formalmente regulado por el Estado, es el proceso central del sistema económico... que funciona en torno a la empresa capitalista” (Grijalva, 2012, pp.40-47). Es decir, los loables objetivos que este sistema económico se plantea, se consiguen a través de los mecanismos del libre mercado; si bien el Estado lo regula, debe permitirlo operar en libertad. Así, las formas distintas a la empresa capitalista deben equipararse, en el sentido de que deben buscar la manera de insertarse en el mercado bajo la forma de la libre competencia.

Por otro lado, si bien la economía social y solidaria de la Constitución del 2008 no reniega del libre mercado, sí hace que éste pierda su

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, según el artículo 319. No es el afán de lucro el móvil del sistema económico, sino la armonía en las relaciones de los seres humanos entre sí (Grijalva, 2012, p.40).

Lo anterior implica la convivencia de la tradicional empresa capitalista, con otras formas asociativas, en espacios que no necesariamente se rijan exclusivamente por las reglas del libre mercado. De allí que se fortalezca “la planificación del Estado y el sector público de la economía. En esto se diferencia radicalmente de la formulación de la Economía Social de Mercado de la Constitución de 1998” (Grijalva, 2012, p.42). Como se dijo, este nuevo sistema económico reconoce que el libre mercado por sí solo no es capaz de cumplir con todos los objetivos que se le planteen en materia de derechos, y por tanto se requiere de otras formas de organización de la producción que sí puedan lograrlo, así como de una adecuada planificación estatal que vuelva posible todo lo anterior, de forma que se atiendan todos los aspectos de la economía, y no sólo aquellos en los que prima el afán de lucro únicamente.

Junto a estas diferencias, los impulsores de la economía social y solidaria añaden un diagnóstico general del modelo económico que el Ecuador ha implementado en las últimas décadas. Así, en el Plan Nacional de Desarrollo de 2007 se presenta:

el modelo de crecimiento existente en el Ecuador en los últimos 15 años ha conducido a la simplificación de la producción nacional por el predominio de aquellas ramas económicas que generan rentas por precios internacionales

favorables, mientras que las posibles bases de una estructura productiva nacional y autónoma han sido barridas por un modelo de importaciones que beneficia a consumidores de altos ingresos y a empresarios especuladores (p.35).

De igual manera se dice en el Plan Nacional del Buen Vivir de 2009: “la estrategia de desarrollo de la vida republicana ha consistido en generar riqueza a través de la exportación de bienes primarios agrícolas o no renovables (petróleo). Ha sido una estrategia primario exportadora extractivista” (p.51). Curiosamente, este mismo documento hace mención a “la crisis global de múltiples dimensiones, que demuestra la imposibilidad de mantener la ruta extractivista y devastadora para los países del Sur, las desiguales relaciones de poder y comercio entre el Norte y el Sur” (p.31).

Respecto a este último punto, la implementación de la economía social y solidaria nos llevaría a pensar que ese modelo extractivista, primario-exportador, que tiende a la desigualdad y beneficia específicamente a los dueños del capital extranjeros, debería superarse por uno que dé vigencia plena a los planteamientos mencionados anteriormente, y en específico, al artículo 339 de la Norma Fundamental, que declara la complementariedad de la inversión extranjera directa respecto de la inversión nacional y su orientación según el Plan Nacional de Desarrollo.

Por todo lo anterior, podemos resumir el argumento de los órganos públicos ecuatorianos en favor de la existencia de un cambio fundamental de circunstancias de la siguiente manera: Existe un cambio fundamental de circunstancias respecto de las que existieron a la firma de los TBI<sup>132</sup>, en tanto está vigente una nueva Constitución que establece un sistema económico que deja atrás el modelo de libre mercado, extractivista, primario-exportador, que depende del capital extranjero para la explotación de sus recursos y la producción, y que perpetúa la desigualdad entre las personas.

Una vez concretado el argumento a favor de la existencia del cambio de circunstancias, es momento de conocer qué elementos, según la doctrina, deben estar presentes para hablar, tanto de un cambio circunstancial, como de su carácter fundamental.

### Consideraciones doctrinarias

Tal como se mencionó brevemente en el primer capítulo, este elemento del artículo 62 de la Convención de Viena exige dos verificaciones: que exista un cambio circunstancias, es

---

<sup>132</sup> Las nuevas circunstancias, según la posición expuesta en la página 107 y siguientes, sería el sistema económico social y solidario, el reconocimiento del ser humano como fin y no medio de la economía, etc.

decir, que las condiciones materiales de aplicación del tratado sean objetivamente distintas de aquellas que existieron al momento de su celebración, y que ese cambio ocurrido tenga el carácter de fundamental.

Ya se dijo líneas atrás que “las circunstancias de la vida internacional están en constante cambio y es fácil alegar que los cambios vuelven inaplicable a un tratado”<sup>133</sup> (CDI, 1969, p.1), lo que resalta los riesgos de inestabilidad del artículo 62; pero que, a su vez, su existencia es necesaria para impedir tensiones entre las relaciones estatales y eventuales acciones fuera de la ley (CDI, 1969, p.1), es decir, existe como “contrapartida necesaria a situaciones en que la aplicación literal del *pacta sunt servanda* llevaría la injusticia”<sup>134</sup> (Árnadóttir, 2016, p.97). Es por lo anterior que el cambio fundamental de circunstancias tiene una aplicación tan restringida, puesto que “permitir a un Estado repudiar, en derecho, una obligación convencional sólo tiene sentido a la luz...de que los tratados se regulan por la operación del derecho y no los caprichos de la política”<sup>135</sup> (Bennett & Roughan, 2006, p.514).

En primer lugar, por una cuestión de semántica, conviene saber qué debe entenderse por circunstancias. La Real Academia Española define al término como “conjunto de lo que está en torno a alguien; el mundo en cuanto mundo de alguien”; en inglés aparece como “*a fact or event that makes a situation the way it is*”<sup>136</sup>; y en alemán como “*eine Tatsache, die ein Geschehen in bestimmter Weise beeinflusst*”<sup>137</sup>. La primera definición hace énfasis en el contexto de un hecho, mientras que las últimas se enfocan en la influencia que ese contexto tiene sobre el hecho. Por lo dicho, al hablar de circunstancias, puede entenderse la referencia al conjunto de factores que rodean un hecho y ejercen influencia sobre el mismo. En el tema que nos ocupa, deben analizarse dos circunstancias: las que rodean a la conclusión del tratado, y las que rodean al momento de la invocación del artículo 62.

El segundo punto por definir es el concepto de fundamental. Como adjetivo, la RAE establece que es aquello “que sirve de fundamento o es lo principal en algo”; y en cuanto al sustantivo fundamento, lo define como “raíz, principio y origen en que estriba y tiene

---

<sup>133</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>134</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>135</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>136</sup> The Cambridge Dictionary. En español: un hecho o evento que vuelve a una situación lo que es

<sup>137</sup> The Free Dictionary by Farlex. En español: un hecho que influye en determinado sentido sobre un acontecimiento

su mayor fuerza algo no material”. Precisamente, al referirse a la raíz de un tratado, Árnadóttir (2016) sostiene que “el artículo 62 representa un importante mecanismo...liberando a los Estado de obligaciones a las que no debería atársele, una vez que los fundamentos del instrumento han sido destrozados”<sup>138</sup> (p.108). Si conjugamos el cambio de circunstancias, con la característica de fundamental, podemos decir que éste se refiere al cambio en la base misma de los factores que rodearon a la conclusión del tratado. Es decir, esas circunstancias que rodean al tratado, que influyen sobre él, pero son externas, deben haber sufrido una alteración tal, que no se correspondan ya con las circunstancias sobre las que se celebró el instrumento, cuyas consecuencias sean además radicales, como se verá más adelante.

Bennett & Roughan (2006) resaltan un aspecto importante de esta palabra “fundamental” y es que

Los cambios, en tanto evidentes para ciertos grupos e individuos, quizá son fundamentales en el sentido de que son cambios en las bases o fundamentos, pero también es posible que sean cambios específicos para grupos particulares, en lugar de cambios de carácter fundamental en general<sup>139</sup> (p.516).

Como ejemplos de cambios no sujetos a estas consideraciones sobre si son o no fundamentales, se han propuesto casos como un río que se seca o un puerto que se obstruye por la sedimentación<sup>140</sup>(Árnadóttir, 2016, p.99).

Es necesario en este punto preguntarse por las circunstancias que deben considerarse para la aplicación del artículo 62. Naturalmente, la Convención de Viena no enumera el tipo de circunstancias que deben tenerse en cuenta (sociales, políticas, económicas, etc.). No obstante, el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional Fitzmaurice dijo:

a fin de que sea clasificado como un cambio esencial, justificando así la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, éste debe ser objetivo y afectar a las circunstancias fácticas que rodean al tratado, en lugar de a las actitudes de una de las partes respecto de él<sup>141</sup>(citado por Árnadóttir, 2016, p.99).

Se concluye pues, que se requiere una revisión de los hechos que rodearon a la celebración del tratado y al momento de la alegación del *rebus sic stantibus*. Con esto enfatizo en que,

---

<sup>138</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>139</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>140</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>141</sup> Original en inglés. Traducción propia

si bien la legislación interna puede ser tenida por circunstancia que rodea al tratado, su cambio por sí sólo no puede permitir la aplicación del cambio fundamental de circunstancias como medio de terminación de un tratado. Ello supondría burlar la prohibición contenida en el artículo 27 de la Convención de Viena, relativa a los cambios de la legislación interna de un Estado como justificación inválida para el incumplimiento de acuerdos internacionales. Ante esto, si bien cabe analizar los cambios en las circunstancias legales (tal como se hizo al revisar la posición de la Asamblea), es preciso un análisis también de las circunstancias fácticas que rodearon, en este caso, a la celebración de los TBI y al momento en que se alegó su cambio fundamental; esto es lo que se hará como último paso en el estudio de este primer elemento.

#### Aplicación de los parámetros internacionales al cambio por la economía social y solidaria

Quizá lo más conveniente es empezar por lo evidente, y es que no puede negarse un cambio de circunstancias en el ámbito jurídico-político. Este cambio es producto del ejercicio del poder constituyente originario, que, según lo visto en la definición dada por Schmitt (2015), es una voluntad por cuya decisión la unidad política determina su forma de existencia. De similar forma, ya se presentó a la Constitución, según la tesis de Schmitt, como norma-decisión, y al estar detrás de ella una decisión, es decir un acto, cabe hablar de un cambio en los hechos, considerando que un acto es un hecho humano en el que interviene la voluntad y la conciencia (Donoso, 2016). En este sentido, cabe hablar de un cambio de circunstancias jurídicas y políticas, ello resulta evidente a la hora de comparar las circunstancias constitucionales entre 1994 y 2001 con las circunstancias en el 2008.

En cuanto a la cuestión de lo fundamental del cambio, hay que decir que efectivamente, el poder constituyente originario trae un cambio fundamental en materia jurídica, si se considera que, como ya se dijo, Salgado Pesántez (2012) lo define como “decisión fundamental” (p.48). Por lo visto, un cambio de Constitución, traído por el poder constituyente, sí puede configurar un cambio fundamental en las circunstancias jurídico-políticas de un Estado.

Ahora, si bien ha quedado reconocida la eventual correlación entre poder constituyente originario y cambio de circunstancias (jurídico-políticas), ello no implica necesariamente que, en el caso que nos ocupa, el cambio por la economía social y solidaria pueda ser tenido como un cambio circunstancial de carácter fundamental. Más aún, existen argumentos que indican lo contrario.

Para exponer el primero de estos argumentos, es necesario volver a la distinción formulada por Schmitt (2015), brevemente expuesta en el segundo capítulo, entre Constitución y las leyes constitucionales. Como se dijo, dentro del texto que la norma constitucional supone, encontramos dos tipos de normas diferentes entre sí.

De un lado tenemos a la Constitución propiamente, es decir, a la decisión fundamental que el Estado como unidad política toma para determinar su propia forma de existencia; aquí se decide sobre la forma republicana o monárquica, unitaria o federal. Schmitt no menciona qué es lo que se decide, pero naturalmente se refiere a la esencia misma del Estado, a lo que lo convierte en lo que es, y no en algo distinto.

Del otro lado, en el mismo texto constitucional, están otras prescripciones, mucho más específicas, pero de menor alcance en cuanto a cómo determinan la existencia y forma de la unidad política. Schmitt las llama “leyes constitucionales” (2015, p.46), de las que pueden identificarse a su vez dos tipos. El primero lo conforman “prescripciones muy importantes” (Schmitt, 2015, p.53) que se hallan en el texto constitucional, no tanto por su influencia determinante en la unidad política, sino porque su importancia amerita que se las proteja de los cambios parlamentarios y la lucha política, que sin duda podrían afectarlas en caso de que estén recogidas en simples leyes ordinarias u orgánicas. El segundo grupo de leyes constitucionales está compuesto por aquellas formulaciones planteadas principalmente por la influencia de los partidos o actores que han intervenido en la redacción de la Norma Fundamental, y que han conseguido constitucionalizar “sus postulados de partido” (Schmitt, 2015, p.49).

Ante esta distinción, hay que preguntarse si, la determinación del artículo 283 de la Constitución de un sistema económico social y solidario, es, según la tesis de Schmitt, parte de la Constitución o sólo una ley constitucional. Para ello, es importante conocer qué se ha dicho desde la doctrina sobre este sistema económico. Así por ejemplo Coraggio (2014) al hablar de las innovaciones, dice:

en general comparten un grado de vulnerabilidad a pesar de decisiones legales que llegan al nivel de la Constitución. En todo caso, dado que se despliegan en un campo de fuerzas en conflicto, estos proyectos son políticos y, por ende, quedan expuestos a las vicisitudes de la lucha política (p.20).

De la cita anterior, podría decirse que este sistema es tan vulnerable a la lucha política precisamente porque es, en principio, un postulado propio de determinados partidos o

actores políticos. En sentido similar, tratando de nuevo sobre las innovaciones de la economía social y solidaria, el mismo autor plantea:

por ahora, no pueden ser vistas como “políticas de Estado” sino de los Gobiernos de turno; que incluso la inexperiencia de estos últimos frente a las necesidades de transición a un nuevo régimen económico puede dar lugar a cambios hacia un lado y hacia el otro (Coraggio, 2014, p.1).

Lo anterior cuestiona, si es que no pone ya en tela de juicio, el carácter fundamental que se le pretende otorgar al cambio de la economía social de mercado por una social y solidaria. Que sea un cambio significativo es cierto, pero que, según la terminología de Schmitt, este cambio influya críticamente en la existencia y forma de la unidad política, resulta ya dudoso, considerando lo dicho por los propios teóricos de esta economía.

Coraggio incluso agrega más afirmaciones que confirman que la implementación de la economía social solidaria, al menos en su estado actual en países latinoamericanos, difícilmente puede ser clasificada como una modificación fundamental. Por ejemplo, escribe:

estos programas ven la Economía Social no como una alternativa a las empresas de capital o públicas, sino como una opción para suplir, al menos parcialmente, la insuficiencia de las políticas de inversión y generación de empleo por estos actores...En Brasil, los documentos de política estatal ven la Ecosol como una vía para resolver la desocupación más que como una opción estructural (*Otra economía*) (2014, pp.7-8).

Además de lo anterior, es conveniente volver sobre el planteamiento de Grijalva (2012) respecto de que la diferencia entre la economía social de mercado y la social y solidaria radica en los medios que cada una emplea para hacer efectivos los derechos y cumplir con sus objetivos. Como se expuso, mientras la primera los trata de efectivizar a través del mercado, la segunda lo hace a través del mercado, pero también a través de otros sectores de la economía reconocidos en el artículo 283 de la Constitución. Ante esto, no sería descabellado plantear que la diferencia está más en la forma que en el fondo. Ello se esclarece más al momento de revisar los textos constitucionales de 1998 (art.243) y de 2008 (art.284), cuyos objetivos económicos son muy similares.

Es posible ahondar en este carácter no-fundamental del cambio por la economía social y solidaria, revisando los mecanismos constitucionales a los que se debería acudir en caso

de pretender modificarla o sustituirla. El artículo 441 de la Constitución prevé la enmienda de uno o varios artículos de la Norma Fundamental. Este procedimiento es válido, entre otras cosas, para cambios que no alteren los elementos constitutivos del Estado o la estructura fundamental de la Constitución. Corresponde entonces, dilucidar si la economía social y solidaria forma parte de uno de estos conjuntos, y por consiguiente su cambio podría hacerse por la vía de enmienda, un procedimiento menos complejo que la vía de la reforma<sup>142</sup>. Para ello, se recurrirá al análisis jurisprudencial.

Si nos remitimos específicamente al dictamen No. 001-11-DRC-CC de la Corte Constitucional, emitido dentro del caso No. 0001-11-RC, se concluye que una modificación a la economía social y solidaria no supondría una alteración de los elementos constitutivos del Estado, ni de la estructura fundamental de la Constitución.

En cuanto al primer conjunto, es decir, los elementos constitutivos del Estado ecuatoriano, la Corte Constitucional manifestó que “estos se encuentran contenidos en la propia Constitución, en sus artículos del 1 al 9” (2011, p.42). De acuerdo a este razonamiento, cualquier disposición fuera de estos artículos no entra en dicho conjunto de elementos; la mención a la economía social y solidaria se contiene en el artículo 283, de allí se concluye que esta no es un elemento constitutivo de la República del Ecuador.

Respecto al segundo conjunto (estructura fundamental de la Constitución), la Corte Constitucional hace una interpretación curiosa, puesto que determina que debe entenderse que el artículo 441 se refiere a la estructura fundamental del Estado. Definido esto, sus magistrados determinaron: “Sobre la estructura fundamental del Estado, nuestro país básicamente se encuentra dividido en cinco funciones” (2011, p.42). En su dictamen, la Corte básicamente sostiene que del artículo 441 se entiende que alterar una de esas cinco funciones estatales en su composición, sería una alteración a la estructura fundamental del Estado. Si se considera que la composición y demás normas relativas a las cinco funciones comprenden del artículo 118 al 224, al estar la economía social y solidaria prevista en el artículo 283, queda excluida de este conjunto también.

Si bien lo dicho no implica coincidir con el criterio de la Corte, no es menos cierto que este órgano es “la máxima instancia de interpretación de la Constitución” (art.436), por lo que no se puede dejar de lado el análisis de sus posicionamientos en los asuntos que le

---

<sup>142</sup> Menos complejo, en tanto no necesariamente implica ni un debate parlamentario, ni un referéndum de aprobación, a diferencia de la reforma (Art.442)

competen. Es por esto que vuelvo a enfatizar en que, si nos remitimos a la opinión de la Corte Constitucional, la economía social y solidaria no es ni un elemento constitutivo del Estado, ni parte de su estructura fundamental<sup>143</sup>.

En definitiva, con este argumento, lo que se pretende demostrar es que, no obstante los muchos cambios que la economía social y solidaria puede traer a nivel normativo al Estado, la República del Ecuador no ha sufrido modificaciones que han alterado la forma en cómo ésta existe; en tal sentido, ese nuevo régimen económico es parte de sus *leyes constitucionales*, no tanto de su Constitución, y no existe un cambio “fundamental”.

Es posible imaginar otro motivo por el que se podría alegar que la nueva Carta Política ecuatoriana fue un cambio fundamental en las circunstancias jurídico-políticas, y para ello hay que volver sobre la jurisprudencia internacional analizada. Gracias al caso Gabčíkovo-Nagymaros, se sabe que el cambio del sistema político o económico de un Estado no constituye por sí solo un cambio fundamental de circunstancias (Abello. 2006, p.214). Sin embargo, si ese cambio de sistema o régimen es producto de una “revolución”, el tema pudiera ser distinto. Así, el argumento sería: Un cambio revolucionario de sistema económico y político sí puede permitir la aplicación del artículo 62 de la Convención de Viena. Tal razonamiento bien podría estar presente en el tema en cuestión, dado que la Constitución de 2008 es tenida por un producto de la Revolución Ciudadana<sup>144</sup> (Plan Nacional de Desarrollo, 2007, p.5).

En primer lugar, debe decirse que este no es un argumento novedoso. Como ya se señaló antes, Schmitt (2015) apuntó que los jacobinos en 1793 y los soviéticos en 1922 pretendieron desconocer ciertas obligaciones convencionales, invocando el carácter revolucionario que acompañó al ejercicio de su poder constituyente. Por su parte, luego

---

<sup>143</sup> En cuanto a si cambiar la economía social y solidaria por otro sistema supondría una restricción de derechos, es posible imaginar más de una respuesta. Primero, se puede volver sobre lo dicho por Grijalva (2012) relativo a que la economía social y solidaria implementa medios distintos para efectivizar los derechos, pero, en definitiva, el sistema social de mercado también los consagra, y los objetivos de ambos se parecen. Es valioso conocer lo que ha dicho la Corte Constitucional de Colombia respecto de la restricción de derechos:

no toda regresión es arbitraria, pues la adecuada utilización de los recursos públicos y las necesidades más apremiantes que en cada momento enfrenta el Estado en materia social, pueden llevar a considerar como constitucionalmente válida o legítima la modificación de políticas públicas y normas jurídicas que impliquen un retroceso en la eficacia de un derecho, si esas medidas comportan a la vez una ampliación (de mayor importancia) del ámbito de protección de otro u otros derechos (T-428, 2012, p.1)

<sup>144</sup> Así lo confirman, por ejemplo, los autores Freidenberg (2012, p.129), Tibocha & Jaramillo (2008, p.30). Por su parte, el Presidente Correa lo confirma en su Enlace 427 (El Ciudadano, 2015), y se repite en el Plan Nacional de Desarrollo (2009, p.47)

de 1949 los chinos han aludido a su revolución popular, utilizando argumentos similares en cuanto a sus tratados, aunque refiriéndose explícitamente al principio de *rebus sic stantibus*<sup>145</sup> (Noonan, 1984, p.312).

Ahora bien, la crítica contra esta posición es sencilla, directa y se relaciona precisamente con uno de los elementos ya tratados en el segundo capítulo, que Schmitt (2015) identifica como elemento del poder constituyente originario de simple organización, que es la continuidad del Estado. Efectivamente, ni una nueva Constitución y sus cambios, ni un nuevo gobierno, implican un nuevo Estado. Y como se revisó al inicio de este trabajo, las partes de un tratado son los Estados; de ello se entiende que, pese a sus cambios internos, las partes siguen siendo las mismas. Esto se puede resumir así: “Ante el Derecho, las partes de un tratado son los Estados, justamente para que los tratados se mantengan vigentes a pesar de cambios en la forma de los gobiernos”<sup>146</sup> (McNair citado por Noonan, 1984, p.302).

Noonan continúa con que una revolución no puede terminar a los tratados por la cuestión de la continuidad; plantea que la población y el territorio son elementos claves del Estado y que “una revolución, a diferencia de otras situaciones por las que los tratados pueden verse afectados, usualmente no involucra cambios sustanciales en la población y el territorio”<sup>147</sup> (1984, p.305).

Además de la continuidad estatal, se halla el argumento a favor de la preservación del orden internacional, y la amenaza que supondría el aceptar a la revolución dentro de los parámetros dispuestos por el artículo 62. Marek (citado por Noonan) advierte que “la estabilidad sería inexistente, si los tratados se vaciaran de contenido con cada cambio dentro de un Estado”<sup>148</sup> (1984, p.303); Noonan agrega: “si a cada gobierno revolucionario se le permitiera escapar de sus obligaciones convencionales, toda la red de tratados internacionales se vendría abajo”<sup>149</sup> (1984, p.303). Este autor incluso minimiza tal amenaza, dado que si definimos a la revolución como “las alteraciones significativas de la estructura económica o social de un Estado...entonces las revoluciones auténticas son muy inusuales, y el repudio de todos sus tratados por cada gobierno verdaderamente

---

<sup>145</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>146</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>147</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>148</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>149</sup> Original en inglés. Traducción propia

revolucionario difícilmente pudiera afectar a los tratados a escala mundial”<sup>150</sup>(1984, pp.304-305).

Sin perjuicio de la posición expuesta, conviene también conocer su contrapartida, es decir, que una revolución sí puede suponer un cambio fundamental de circunstancias, en lo político, económico y social con el advenimiento de un nuevo gobierno<sup>151</sup> (Starke, citado por Noonan, 1984, p.307). Esto tiene sentido, en tanto “para ser efectiva, toda norma debe ser respetada por los ciudadanos a quienes se la aplica. Para ser respetada, tiene que relacionarse con las realidades del contexto social en que opera”<sup>152</sup> (Graham, citado por Noonan, 1984, p.309). Naturalmente, una revolución implicaría un cambio en todo ese contexto social, en el que la aplicación de ciertas normas, incluidas las internacionales, carecería de sentido.

Los juristas soviéticos desarrollaron una teoría, desde la cual se puede sostener la relación entre revolución y cambio de circunstancias como modo de terminación de tratados de manera coherente. Grzybowski la presenta así:

La teoría constitucional soviética distingue entre la forma y el tipo de Estado. La forma del Estado y su gobierno son conceptos de la teoría constitucional en general...El “tipo” de Estado está determinado no tanto por sus instituciones, sino por las formas económicas de su sociedad y el dominio de una determinada clase social<sup>153</sup> (citado por Noonan, 1984, pp.310-311).

Lo anterior vuelve factible el sostener que los cambios en la forma estatal no son revolucionarios ni afectan a las obligaciones contenidas en tratados, pero que un cambio de tipo del Estado configura la revolución que podría tener el efecto de terminación de ciertas obligaciones internacionales. Con tales fundamentos, es coherente la posición internacional soviética de 1922, puesto que la situación surgida, desde su perspectiva, fue la siguiente:

La revolución de 1917 destruyó completamente las antiguas relaciones económicas, sociales y políticas y reemplazó a la vieja sociedad por una nueva, transfiriendo el poder gubernamental en el Estado ruso a una nueva clase social, apoyada por la fuerza de la soberanía popular...de un pueblo alzado en armas, con lo que se había

---

<sup>150</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>151</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>152</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>153</sup> Original en inglés. Traducción propia

roto la continuidad de las obligaciones civiles que eran un componente de las relaciones económicas de la sociedad ya desaparecida, y que habían perecido con ella<sup>154</sup> (Noonan, 1984, p.309).

Claro que las potencias occidentales se opusieron rotundamente a la tesis soviética (Noonan, 1984, p.303), pero es importante presentarla, pues desde ella, se planteó que sólo una revolución de la magnitud de la de 1917 puede tener influencia en la terminación de los acuerdos internacionales, según el principio de *rebus sic stantibus*.

Ahora, de asumir como válida esta posición relativa a las revoluciones, es necesario volver a la sentencia Gabcíkovo-Nagymaros. El contexto del caso es el de las “revoluciones políticas de 1989-1990” (Azcarate, 1990, p.121) en que varios Estados europeos cambiaron sus sistemas tanto políticos como económicos, en una transición de economías planificadas, a unas de libre mercado. No obstante, cuando Hungría usó este cambio como uno de sus argumentos en favor del cambio fundamental de circunstancias, la Corte Internacional de Justicia lo desestimó, aduciendo que ese cambio no era suficiente, y que, además, el tratado discutido no estaba tan vinculado ni al sistema político, ni al económico. Ese razonamiento de la Corte es aplicable, dentro de lo posible, a la Revolución Ciudadana y la Constitución de 2008. Sería lógico sostener que un tratado de protección de inversiones, cuyo objeto principal es establecer un mecanismo de solución de controversias como el arbitraje, no tiene una relación directa con el sistema político o económico del Estado receptor de la inversión<sup>155</sup>. Pero más que aquello, lo que en este punto corresponde verificar es si, conforme lo expuesto, ocurrió una verdadera revolución en Ecuador, es decir, hubo un cambio significativo en las circunstancias exógenas que rodean al tratado, acorde a las disposiciones constitucionales. El siguiente punto es el último de los argumentos con el que se pretende demostrar que el sistema social y solidario no trajo, al momento de la denuncia de los tratados, un cambio

---

<sup>154</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>155</sup> Esta “no-relación” entre sistema económico y TBI queda en evidencia con la constatación de que la República de Ecuador continúa cediendo su jurisdicción a instancias internacionales de arbitraje y asumiendo compromisos similares a los TBI. CAITISA (2017) lo expresa así:

La práctica jurídica ecuatoriana parece aceptar que la Constitución no prohíbe la transferencia de competencia a tribunales arbitrales extranjeros por vía de contratos. Ello puede apreciarse en la cuantiosa celebración de contratos de inversión que incluyen una transferencia de jurisdicción a tribunales arbitrales internacionales para la resolución de eventuales controversias... Los contratos del Estado en materia de inversión contienen, a menudo, cláusulas que reflejan los mismos estándares de protección de las inversiones de los TBI, inclusive la transferencia de jurisdicción a tribunales arbitrales internacionales (pp.62-93).

fundamental en las circunstancias, tal como ciertos órganos oficiales han expresado, más allá del ámbito normativo.

Para presentar este último argumento contra la existencia de un cambio circunstancial fundamental producto del poder constituyente de 2008, conviene recordar el planteamiento de Lasalle, expuesto en el segundo capítulo, sobre Constituciones reales y Constituciones de papel, siendo estas últimas aquellas que no consideran la realidad o los factores reales de poder. Por lo dicho, es momento de enfocarse en las circunstancias que han cambiado, sin limitarse a las de orden político-jurídico. Ahora bien, como se dijo, algunos órganos públicos sostuvieron que el sistema social y solidario trajo un cambio de circunstancias, en tanto suponía la superación del modelo extractivista primario-exportador. Sin embargo, ni la teoría, ni las circunstancias fácticas (aquellas que según el relator Fitzmaurice son las que deben ser consideradas) confirman dicha afirmación.

Coraggio, uno de los ideólogos internacionales de la economía social y solidaria, resalta dos aspectos que chocan con los planteamientos de la Asamblea Nacional y CAITISA. Lo primero es que, aun cuando los Estados encuentren formas de aumentar su participación en las ganancias surgidas de las actividades extractivas, ello no implica abandonar tal modelo; al contrario, ese es el camino para perpetuarlo. El autor lo plantea así: “esta captación rápida de un mayor excedente implica la permanencia e intensificación del modelo extractivista y una nueva apertura a las inversiones del capital global que se mueve en ese título” (2014, p.21). Esta conclusión es lógica, si se considera que sería absurdo que el Estado encuentre una manera de aumentar sus ingresos, solo para inmediatamente abandonarla en lugar de beneficiarse lo más posible de ella.

Lo segundo es que el sistema social y solidario no se enfoca tanto en la producción de riqueza, sino en su apropiación y distribución. Es decir, juega un papel menor el decidirse por la industrialización o la extracción y exportación de materias primas como modos de generar riqueza. Dicho de otra forma:

La referencia continua al papel de la Economía Social en el sistema económico caracteriza su objetivo como el de lograr “un cambio en el modelo de apropiación y distribución de excedentes”. La no referencia a la *generación* de excedentes se explica en tanto que la fuente principal es la producción y exportación de petróleo (Coraggio, 2014, p.13).

Por su parte, los datos suministrados por el Banco Central y el Ministerio de Finanzas muestran una realidad similar a la expuesta por Coraggio<sup>156</sup>. A continuación, se presenta una tabla que refleja los ingresos petroleros en siete de los doce años entre 2004 y 2016, y su influencia en las respectivas proformas presupuestarias del Estado:

(en millones de USD)	2004	2006	2007	2009	2010	2015	2016
Ingresos petroleros	1.219	1.606	1.414	5.560,4	6.490,5	16.960,6	9.633,87
Ingresos totales	5.052	6.254	9.768	17.846,4	21.282,1	36.317,12	29.835,1
% de PGE <sup>157</sup>	24,1	25,7	14,5	31,8	30,5	46,7	32,3

Como puede apreciarse, en el año en que inicia el proceso de denuncia de los TBI (2010) no sólo que los ingresos petroleros son mayores, algo que en general depende de un alza de precios en el mercado mundial, sino que éstos representan un 6% más del PGE, y más aún, esa tendencia continúa en los años siguientes. Es decir, en lo que al sector público concierne, no sólo que en el año 2010 la dependencia del petróleo aumentó, sino que ha ido incrementando paulatinamente.

Todo lo anterior evidencia dos cosas, enfrentadas con el argumento a favor de la aplicación del artículo 62 de la CV. Primero, que la economía social y solidaria no implica irremediablemente una alternativa al extractivismo; y segundo, que las circunstancias fácticas prueban que el Ecuador no ha superado ese modelo, al contrario, ha profundizado en su implementación.

Continuando con la revisión de las cifras, éstas siguen reflejando una realidad contraria al argumento en favor de la aplicación del artículo 62 de la Convención de Viena. Por ejemplo, al año 2013 (3 años después de que se aprobaran las solicitudes presidenciales de denuncia) no sólo que no hubo una democratización de la propiedad, sino que se dio

<sup>156</sup> Este trabajo se limita al análisis de la actividad petrolera, sin desconocer que existen otras áreas extractivas, como la minera, que se están desarrollando actualmente

<sup>157</sup> Presupuesto General del Estado

“una fuerte extranjerización de la propiedad accionaria de las empresas que operan en Ecuador” (CAITISA, 2017, p.66), además de una tendencia de concentración de la propiedad, sobre todo en materia de activos intangibles. El informe de CAITISA (2017) señala esta tendencia así:

Las grandes empresas con IED aumentan rápidamente su participación porcentual en el total de activos del país: en 2003, el 12,4% de los activos del país y para 2013 poseen el 32%... En los activos intangibles (derechos administrativos o permisos de exploración y explotación, así como por marcas, patentes, derechos de llave, y otros similares) pasan de 37,8% al 80,3%... Entre los activos intangibles las patentes y marcas son propiedad de empresas con IED en un 71,2% (p.66).

Junto con la extranjerización de la propiedad, creció también la participación de las empresas extranjeras en el mercado nacional, por lo que las empresas nacionales han perdido relevancia, algo contrario a la complementariedad de la inversión extranjera dispuesta por el artículo 339 de la Constitución. Las cifras lo revelan:

En el año 2013 se encuentran 17 sectores en los que las empresas con IED producen más del 50% del valor agregado sectorial... En 2003 hacían 17,9% de las ventas totales y para 2013 ya dominan 40,1% (las que más aumentan son las empresas subsidiarias (controladas mayoritariamente por extranjeros) ...Las empresas subsidiarias (mayoritariamente extranjeras), en el 2013 tuvieron una participación de mercado de más del 60% de las ventas totales en 12 sectores económicos (principalmente manufactureros) (CAITISA, 2017, p.67).

Además de lo anterior, también se ha desarrollado una realidad en la que, contra las tesis de la economía social y solidaria de distribución de riqueza y excedentes, existe menor encadenamiento productivo nacional, menos contribución al desarrollo nacional y menor participación de los trabajadores en las ganancias generadas por las empresas extranjeras. CAITISA ofrece varios datos al respecto:

son las empresas subsidiarias (las más grandes y de mayor control por el capital extranjero) las que dejan menor proporción del valor agregado a sus trabajadores: ocho puntos menos que las empresas nacionales... la proporción del valor agregado apropiado por los accionistas de las empresas subsidiarias se triplica de 2003 a 2013, de 7,3% a 20,7%... Las empresas extranjeras más grandes reinvertían, en 2003, sólo el 3,9% de sus utilidades y para 2013 el 1,7%... En 2013, las empresas subsidiarias remesaron alrededor de USD 3.822 millones por concepto de utilidades... Durante

2006, estas empresas utilizaron el 56,4% de insumos nacionales con respecto a los insumos totales; para 2010, disminuyeron el consumo de insumos nacionales a 52,5%... Las empresas con IED tienen una productividad promedio por trabajador superior a las empresas nacionales... Sin embargo, esta mayor productividad no se traslada proporcionalmente a las remuneraciones de sus trabajadores; de hecho, en términos relativos al valor agregado generado, remuneran menos a sus trabajadores que las empresas nacionales... La tasa de crecimiento anual de las remuneraciones promedio por trabajador es muy baja, tanto en las empresas nacionales como las extranjeras (2,3% y 2,7%, respectivamente) (CAITISA, 2017, pp.68-69).

Es curioso pensar que CAITISA (2017) en su informe menciona la existencia de un cambio fundamental de circunstancias que permite la terminación de los TBI, cuando los datos que ella misma presenta, relativos a la inversión extranjera directa, indican absolutamente lo contrario, es decir, que la realidad ecuatoriana no se ajustaba con las disposiciones constitucionales, al momento de la solicitud de denuncia de los TBI.

Con los tres puntos presentados, se ha pretendido demostrar que se ha incumplido con el primer requisito que el cambio fundamental de circunstancias exige según el artículo 62 de la Convención de Viena. No ha existido un cambio de circunstancias que pueda ser tenido por fundamental. El poder constituyente originario de 2008 supuso un cambio fundamental en el ámbito normativo y político del Estado entre la celebración de los tratados y su solicitud de denuncia, pero ello no basta para aplicar el mencionado artículo 62, menos aún si para ello se trata de sostener que el cambio de circunstancias lo constituye la mera adopción formal de la economía social y solidaria, si nos adherimos a las tesis de Schmitt. Del análisis presentado, cabe sostener que ha ocurrido precisamente lo que el relator especial Fitzmaurice dijo que no puede ser tenido como un presupuesto para el principio *rebus sic stantibus*, es decir, un cambio en la actitud de una de las partes hacia el tratado<sup>158</sup> y no un cambio objetivo en las circunstancias fácticas que lo rodean.

Concluye aquí el análisis del primer elemento del cambio fundamental de circunstancias según la Convención de Viena. El siguiente elemento a considerar es la imprevisibilidad del poder constituyente originario del 2008.

### 3.3.1.2. Imprevisibilidad del cambio

#### Posición Oficial

---

<sup>158</sup> En este caso, de Ecuador hacia los cinco TBI

En sus cinco informes, la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional no hace mención alguna a lo imprevisto del ejercicio del poder constituyente de 2008. Por su parte, CAITISA lo hace muy sucintamente: “el nuevo marco constitucional de 2008 fue un hecho imprevisto e imprevisible al momento de celebrarse los TBI” (2017, p.99). Esa es, pues, la posición de los representantes del Estado ecuatoriano.

### Consideraciones doctrinarias

Corresponde conocer qué se ha dicho desde la doctrina sobre este segundo requisito del artículo 62 de la Convención de Viena, a fin de saber qué debe entenderse cuando se habla de un hecho “imprevisto” por las partes. El fundamento de este requisito y sus consideraciones generales ya se expusieron en el capítulo 1 de este trabajo<sup>159</sup>.

Las situaciones siempre pueden cambiar, esa es una verdad que las personas conocemos y debemos aceptar como tal. De esa verdad se deriva nuestra capacidad, y hasta responsabilidad, de intentar prever ciertos cambios y considerar sus futuras consecuencias, para actuar en concordancia. Bien se ha dicho que “inherente al acto mismo de contratar a futuro es la permisibilidad de sus incertidumbres. La cuestión traída por la doctrina de *rebus sic stantibus* es, cuáles de estos cambios están fuera de esa permisibilidad” (Noonan, 1984, p.316)<sup>160</sup>. Es decir, el artículo 62 exige que el cambio surgido esté fuera de lo que las partes “hubieran podido anticipar con previsión razonable...de forma expresa o bajo términos implícitos”<sup>161</sup> (Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional Fitzmaurice, citado por Árnadóttir, 2016, p.99).

### Aplicación de los parámetros internacionales a la supuesta imprevisibilidad del poder constituyente de 2008

Es importante volver sobre algo dicho por Pastor Ridruejo (2015) y es que la imprevisibilidad del cambio es un elemento subjetivo. Esto principalmente porque se refiere a “circunstancias que no fueron ‘previstas por las partes’ en lugar de circunstancias generalmente imprevisibles”<sup>162</sup> (Árnadóttir, 2016, p.100). De esta manera, es obligación del Estado ecuatoriano demostrar que el proceso constituyente de 2008 era un hecho imprevisible para él mismo, y que no era capaz, al momento de celebrar los TBI, de

---

<sup>159</sup> Ver página 40

<sup>160</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>161</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>162</sup> Original en inglés. Traducción propia

“conocer, y conjeturar por algunas señales o indicios lo que habría de suceder” según lo que la Real Academia define como prever. Esto indica que habría que buscar si existen o no tales indicios.

Hay recordar que, entre las características propias del poder constituyente originario, no hallamos a la imprevisibilidad como una de ellas. Sí se mencionó que este poder es extraordinario<sup>163</sup>, en el sentido de que supone una ruptura del ordenamiento jurídico establecido, y que de ello se entiende lo inusual de su ejercicio a nivel internacional. Sin embargo, resulta complicado decir lo mismo del poder constituyente originario en la historia republicana del Ecuador; es extraordinario sin duda, pero la cantidad de Constituciones que han existido, hacen dudar de que sea inusual.

En efecto, la República del Ecuador ha contado con veinte Constituciones desde 1830 hasta 2008<sup>164</sup> (Salgado Pesántez, 1986, pp.142-149), y tan solo desde el retorno a la democracia en 1979, han existido tres Constituciones, lo que implica un ejercicio del poder constituyente originario cada 13 años, todo eso sin contar los procesos de enmiendas o reformas constitucionales. A diferencia de los otros Estados revisados en el segundo capítulo, el poder constituyente se ejerce en Ecuador con relativa frecuencia.

Junto con lo dicho, cabe mencionar que existe una cierta propensión por parte de los dirigentes políticos ecuatorianos a proponer el ejercicio del poder constituyente originario, con lo que se agrava la situación de la inestabilidad constitucional. Basta con revisar la campaña electoral de 2017, para notar esta realidad. Por ejemplo, los ex candidatos presidenciales Patricio Zuquilanda (El Universo, 2017) y Paco Moncayo (El Universo, 2017) no descartaban la opción de convocar a una asamblea constituyente. Por su parte, los ex candidatos Lasso (Expreso, 2017), Bucaram (El Universo, 2017), y Pesántez (El Telégrafo, 2017) directamente proponían la convocatoria a una asamblea constituyente. Incluso luego de la contienda electoral, tanto el expresidente Correa (El Universo, 2017) como el ex vicepresidente Glas (El Comercio, 2017) manifestaron sus intenciones de impulsar un proceso constituyente originario. Todo esto es tan solo una prueba de que, en el Ecuador, la Constitución no es una norma cuya vigencia o estabilidad

---

<sup>163</sup> Ver página 72

<sup>164</sup> Este dato consta también en la página oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana <http://www.cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/>

esté garantizada, por lo que es perfectamente posible esperar que ésta cambie en el mediano o corto plazo.

Existe también otro aspecto a considerar, y es que la economía social y solidaria no fue una novedad de la Constitución de Montecristi, y su implementación no puede ser tenida como una innovación imprevista o imprevisible en el año 2008. Por ejemplo, la obra *La Otra Economía* (Cattani, 2003) ya desarrolla los postulados de la economía social y solidaria, cinco años antes de la Constitución actual y apenas un año después de la celebración de los TBI con Finlandia y Suecia. Ya se mencionó anteriormente que Lyssitzyn sostuvo que “prever un evento futuro puede significar...tenerlo como una posibilidad, si bien no muy real”<sup>165</sup> (1967, p.915); en ese sentido, la posibilidad de que un país como el Ecuador adopte los postulados de la economía social y solidaria no parece ajena a toda realidad.

Evidentemente ninguno de los cinco TBI en cuestión contiene en su texto alguna disposición relativa a un eventual ejercicio del poder constituyente originario; decir que este cambio fue imprevisto en tanto no se consideró expresamente en el tratado sería correcto. No obstante, ya se mencionó que no debe atenderse únicamente al texto del tratado, sino a la capacidad de las partes para prever el cambio suscitado. La intención en este apartado ha sido la de resaltar que, en lo que al Estado ecuatoriano concierne, un cambio constitucional de su parte, difícilmente puede ser tenido como una posibilidad irreal.

Sumado a todo lo anterior, está el criterio de la Corte Internacional de Justicia emitido en el caso relativo al Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros. Tal como se expuso, el tribunal internacional determinó en su fallo que los avances en la ciencia del Derecho no pueden ser clasificados como imprevisibles. Quizá este criterio sea suficiente para calificar al poder constituyente ecuatoriano de 2008 y sus innovaciones como muchas cosas, menos como un evento imprevisible a todas luces.

### 3.3.1.3. Circunstancias previas fueron la base del consentimiento de una de las Partes

#### Posición Oficial

El tercer elemento del cambio fundamental de circunstancias como forma de terminación es que el consentimiento del tratado por parte del Estado se sustentaba específicamente

---

<sup>165</sup> Original en inglés. Traducción propia

en las circunstancias que sufrieron la alteración. En los ya citados informes de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional, se menciona que la base del consentimiento ecuatoriano para los TBI fue el “ordenamiento jurídico liberal, economía de mercado, previstos en la Constitución de 1998” (2010, p.7). Este argumento lleva a entender que, de ocurrir una modificación sustancial en tales circunstancias, los instrumentos han perdido, parcial o totalmente, su razón de ser.

### Consideraciones doctrinarias

La autora Árnadóttir (2016) ofrece una puntualización necesaria respecto de este punto:

Este requisito no supone obligatoriamente que las circunstancias existentes a la celebración del tratado eran tan esenciales que el Estado no hubiera celebrado ningún acuerdo si las circunstancias hubiesen sido fundamentalmente distintas. En realidad, el requisito implica que, si el cambio fundamental de circunstancias hubiese sido tomado en cuenta, de ser previsible, a la hora de negociar el tratado, las diferentes circunstancias hubieran resultado en un tratado sustancialmente distinto (p.100).

La jurista, para explicarse, presenta un magnífico ejemplo histórico:

En 1904, Bremen y Prusia concluyeron un tratado que preveía cierta cesión territorial, y uno de los mayores incentivos era el deseo de Bremen de construir puertos comerciales. Además de establecer nuevos límites territoriales entre los entonces Estados soberanos, el instrumento estipulaba obligaciones de tracto sucesivo, en tanto prohibía cualquier actividad pesquera en el territorio cedido a Bremen. Bremen se propuso eliminar este prerrequisito relativo a materia de pesquerías, debido a un cambio fundamental de circunstancias traído por la Guerra Mundial, que minimizaba las oportunidades comerciales previamente imaginadas (2016, p.100).

Ya se habló líneas atrás sobre la alta carga de subjetividad que este elemento del artículo 62 contiene, y cómo, según Lyssitsyn, esta se reduce mediante una verificación de evidencia objetiva de algún tipo, que demuestre la importancia de las circunstancias que rodeaban al tratado al momento de su celebración, y cómo éstas determinaban su contenido, si no ya su existencia misma.

Para Árnadóttir, “los preámbulos pueden ser buenos indicadores de qué circunstancias fueron de fundamental importancia al tiempo de conclusión de un tratado” (2016, p.100)

o también medios suplementarios de interpretación, como los trabajos preparatorios, pueden ser útiles para confirmarlo.

Lo último está ratificado por la jurisprudencia internacional. Como se dijo en el caso de la jurisdicción en materia de pesquerías, para conocer la base del consentimiento de una de las partes, hay que remitirse al objeto y propósito del tratado. Esto también se confirma en la sentencia *Racke*. Generalmente esto se encuentra en el preámbulo de los instrumentos.

Aplicación de los parámetros internacionales a la afirmación de que el ordenamiento jurídico liberal y la economía social de mercado fueron las bases del consentimiento ecuatoriano

Por ser el único medio de verificación objetiva disponible, y por lo manifestado desde la doctrina y la jurisprudencia, es necesario acudir al preámbulo de los cinco TBI entre Ecuador y los Estados europeos, para descubrir cuál fue la base del consentimiento ecuatoriano para obligarse en virtud de ellos. A continuación, se presentan los preámbulos correspondientes a cada uno de los TBI en cuestión.

TBI con Suecia:

El Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador,

Deseosos de intensificar la cooperación económica para mutuo beneficio de ambos países y mantener condiciones justas y equitativas para las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante,

Conscientes de la necesidad de establecer un marco jurídico adecuado que regule y garantice la promoción y protección recíproca de las inversiones entre ambos países,

Reconociendo que la promoción y la protección recíproca de tales inversiones favorecen la expansión de las relaciones económicas entre las dos Partes Contratantes y estimulan las iniciativas de inversión (2001, p.1)

TBI con Finlandia:

El Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia, en adelante denominados las “Partes Contratantes”,

Deseosos de intensificar la cooperación económica para el beneficio mutuo de ambos países y mantener condiciones justas, equitativas y favorables para las inversiones

de inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante.

Reconociendo que la promoción y protección de inversiones contribuirán a estimular la iniciativa económica individual y serán conducentes a aumentar la prosperidad de ambas Partes Contratantes (2001, p.1)

#### TBI con Gran Bretaña:

El Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador;

Deseosos de crear condiciones favorables para una mayor inversión de nacionales y compañías de un Estado en el territorio del otro Estado;

Conscientes de que el fomento y la protección recíproca bajo un convenio internacional de tales inversiones será conducente a estimular la iniciativa de negocios privada y a aumentar la prosperidad de ambos Estados (1994, p.1)

#### TBI con Alemania:

La República del Ecuador y la República Federal de Alemania:

Animadas del deseo de intensificar la colaboración económica entre ambos Estados;

Con el propósito de crear condiciones favorables para las inversiones de capital de los nacionales o sociedades de uno de los dos Estados en el territorio del otro Estado;

Reconociendo que el fomento y la protección de esas inversiones de capital mediante un tratado pueden servir para estimular la iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de ambos pueblos (1996, p.1)

#### TBI con Francia:

El Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa, llamados en adelante las “Partes Contratantes”;

Deseando desarrollar la cooperación económica entre ambos Estados y crear condiciones favorables para las inversiones ecuatorianas en Francia y francesas en el Ecuador;

Animados del deseo de crear las condiciones favorables para incrementar tales inversiones;

Convencidos que su fomento y protección constituyen los medios convenientes para estimular las transferencias de capitales y tecnología entre ambos países, en beneficio de su desarrollo económico (1994, p.1).

Puede decirse que los cinco preámbulos de los TBI son muy similares, y aunque cada uno tenga sus particularidades, es posible identificar un objeto y propósitos comunes. El objeto común de los instrumentos es claro, quizá con el caso de Suecia queda muy claro: la creación de un marco jurídico, con condiciones justas y equitativas, para garantizar la promoción y protección de inversiones privadas de los nacionales o sociedades de uno de los dos Estados en el territorio del otro Estado.

En cuanto al propósito común, también es reconocible en los cinco acuerdos internacionales: Intensificar la cooperación económica entre las Partes Contratantes y estimular las transferencias de capitales entre ciudadanos de ambos Estados, para aportar al desarrollo económico de las Partes y su población.

Ahora, ni el objeto, ni el propósito expreso de estos instrumentos es contrario al producto del ejercicio del poder constituyente originario de 2008. Para conseguir el buen vivir, de acuerdo con el artículo 277 de la Constitución, es deber del Estado “impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan”. Por su parte, uno de los objetivos de la política comercial es “regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial” (art.304), es decir, intensificar la cooperación económica del Ecuador con el resto de Estados. Con estos ejemplos, se pretende demostrar que, en virtud de los términos generales en que se formulan los preámbulos de los TBI, pueden ser éstos compatibles con más de un sistema económico en particular.

Vale también resaltar algo evidente, y es que en ninguna parte de los TBI se hace mención al libre mercado, a la economía social de mercado, a la Constitución de 1979 o de 1998, al ordenamiento jurídico liberal o al neoliberalismo. La base del consentimiento ecuatoriano se conforma por un objeto y propósito que, en mayor o menor medida, es perseguido también por la Constitución de Montecristi, tal como se refleja en el texto de algunas de sus disposiciones.

Por último, hay que volver sobre lo dicho en relación a que, de haber sabido la Parte que alega el cambio que éste iba a ocurrir, hubiera negociado algo distinto o no lo hubiera

hecho en absoluto. Si esto fuese cierto, el Estado ecuatoriano, regido por la Constitución de 2008, no seguiría negociando cláusulas que reflejan los mismos estándares de protección de las inversiones de los TBI, inclusive la transferencia de jurisdicción a tribunales arbitrales internacionales (CAITISA, 2017, P.93). Debe recordarse el énfasis hecho sobre la materia del arbitraje, en tanto en sus cinco dictámenes, la Corte Constitucional mencionó que aquellas son las únicas disposiciones inconstitucionales de los TBI.

#### 3.3.1.4. Cambio radical en el alcance de las obligaciones

##### Posición Oficial

El último de los elementos que configuran al cambio fundamental de las circunstancias, es aquel que debe ser entendido según el enfoque de la carga insostenible y es que el cambio ocurrido implique una modificación radical en el alcance de las obligaciones que la parte contratante debe cumplir. Ni CAITISA ni la Comisión Especializada de la Asamblea ofrecieron argumentos que sustenten la supuesta modificación en el alcance de las obligaciones; por ello corresponde en primer lugar dilucidar cuál podría ser el argumento. En este caso, se diría que el poder constituyente trajo un sistema económico por el cual, de seguir cumpliéndose con las disposiciones de los TBI, y sobre todo con las relativas al arbitraje internacional (considerando que la Corte Constitucional determinó que sólo ellas eran inconstitucionales), el Estado ecuatoriano se vería gravemente afectado en su desarrollo.

##### Criterios doctrinarios

Ya se apuntó anteriormente la crítica de Lyssitzyn a la formulación de este elemento en el artículo 62, sobre todo por la subjetividad de los términos “alcance” y “radicalmente”. Esta subjetividad de los términos viene confirmada por críticas más recientes; así por ejemplo Árnadóttir al decir que “la CDI no explica qué se quiso decir con la condición de que las obligaciones se transformaron radicalmente. Discutiblemente, implica que las obligaciones convencionales han sido afectadas de manera extensa”<sup>166</sup> (2016, p.101), o también Koeck al mencionar que

La frase “transformar el alcance de las obligaciones” ...es engañosa. Un cambio circunstancial o una alteración de hecho no tiene efecto directo, jurídicamente, en la

---

<sup>166</sup> Original en inglés. Traducción propia

extensión de las obligaciones. Puede, no obstante, tener el resultado fáctico de volver injustamente pesada la carga que una de las partes soporta por el cumplimiento de sus obligaciones. Así, la regla del “cambio de circunstancias” libera a la parte de una carga injusta, cambiando el alcance la obligación<sup>167</sup> (1974, p.105).

Si bien la formulación de este elemento queda muy abierta a la interpretación, se vuelve más claro entenderlo, si se revisa su fundamento y propósito. La misma Comisión de Derecho Internacional (1969) menciona que la regla existe para casos en que “una parte pueda quedar, por un tratado, impotente e incapaz de obtener cualquier auxilio jurídico ante anticuadas y gravosas disposiciones”<sup>168</sup>(p.1).

Este elemento del artículo 62 se dirige específicamente a todos los casos en los que el cambio circunstancial “es tal, que hace impracticable la ejecución del tratado, salvo que se haga un sacrificio irrazonable” (Suraputra, 2014, p.467). Suraputra relaciona este elemento con la justicia, y cómo esta institución es complementaria, y no contraria, al principio de *pacta sunt servanda*:

No se puede cumplir con las obligaciones convencionales si la carga de ellas es demasiado gravosa; normalmente, la obligación será imposible de cumplir. El tratado perdería respeto si las exigencias de la parte más fuerte exceden una base razonable, haciendo que la validez del tratado no esté en conformidad con la justicia. Si en realidad esta base razonable es excedida, no es necesario polarizar entre *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, porque ambos se complementan<sup>169</sup> (2014, pp.469-470).

Ahora bien, si nos remitimos al texto del artículo 62, los dos términos que merecen una especial especificación son “alcance” y “radicalmente”. Por un lado, la Real Academia en su séptima acepción, define a “alcance” como “significación, efecto o trascendencia de algo”; mientras que hace lo propio con “radicalmente” como adverbio, y define al adjetivo radical como “total o completo”. Por ello, puede entenderse que el texto del artículo 62 hace alusión a un cambio cuyas consecuencias sean tan severas, que los efectos que el cumplimiento de las obligaciones convencionales le traería a una de las partes serían completamente diferentes a aquellos que en un principio aceptó. En ese sentido, se confirma la afirmación planteada de que el enfoque de la intención de las partes no está

---

<sup>167</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>168</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>169</sup> Original en inglés. Traducción propia

del todo ausente en el artículo 62, aunque la Comisión de Derecho Internacional y la jurisprudencia se han inclinado por el enfoque de la carga insoportable. Más aún, ya se dijo anteriormente que la Corte Internacional de Justicia precisó que, para ser calificado como cambio fundamental, un cambio de circunstancias debe tener consecuencias que hagan que el cumplimiento del tratado amenace al menos al desarrollo vital del Estado; así se interpretó la formulación del cambio radical en el alcance de las obligaciones.

Aplicación de los parámetros internacionales a la afirmación de que, a raíz del poder constituyente originario de 2008, se modificó radicalmente el alcance de las obligaciones que el Ecuador debía cumplir según los TBI

Sustentado en los cinco dictámenes emitidos por la Corte Constitucional, este análisis se centrará, aunque no se limitará, en el único aspecto que, según el órgano de interpretación constitucional oficial, está enfrentado entre los TBI y el poder constituyente de 2008, que viene a ser el arbitraje internacional en materia de inversiones. Históricamente, solo en dos casos más (Suspensión de la Cláusula Opcional, Corte Permanente de Justicia Internacional en 1939 y Caso relativo a la jurisdicción en materia de pesquerías, CIJ, 1973) se ha pretendido aplicar el cambio fundamental de circunstancias a un instrumento que establece la jurisdicción de un tribunal internacional, en este caso de arbitraje.

Como se revisó, uno de los argumentos para solicitar la denuncia de los TBI, era que los procesos arbitrales le habían costado ingentes cantidades de dinero al Ecuador, y si se considera toda la inversión extranjera directa que el Estado había recibido gracias a estos tratados, el costo de haberlos suscrito resultaba mucho mayor que los beneficios derivados de los mismos. Sin embargo, hay que recordar que los TBI en cuestión son cinco, firmados con naciones europeas. Por lo tanto, es necesario revisar si, efectivamente, los arbitrajes derivados de la aplicación de estos tratados fueron tan costosos para el Estado ecuatoriano hasta el año 2011, en que se emitieron los informes en la Asamblea Nacional.

En la base de datos del CIADI<sup>170</sup> consta que el Ecuador es parte demandada en 14 arbitrajes; de entre ellos, sólo en uno el instrumento invocado para que el tribunal se declare competente es uno de los cinco TBI mencionados, específicamente el francés. Este caso, contra Perenco Ecuador Limited inició en el 2008 y aún está pendiente de que

---

<sup>170</sup> Acceso el día 1 de mayo de 2018. Enlace:  
<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>

se dicte un laudo, por lo que no cabe hablar de un perjuicio actual y real para el Estado ecuatoriano

Ante la Corte Permanente de Arbitraje Internacional de La Haya, el Ecuador ha sido demandado ocho veces, y en ninguna de ellas se invocó alguno de los cinco TBI con los Estados europeos<sup>171</sup>. Del informe de CAITISA (2017, pp.32-33), se colige que únicamente el TBI con Francia ha sido efectivamente aplicado para demandar al Ecuador ante un tribunal de arbitraje. El tratado con Gran Bretaña fue invocado por Development Delivery International Limited, pero la controversia se solucionó mediante un acuerdo entre las partes. Es decir, hasta el año 2011, e incluso hasta el 2017, el Ecuador no pagó ni un solo dólar como consecuencia de laudos arbitrales, emitidos en controversias sustentadas por alguno de los cinco TBI.

Ya se dijo que, de acuerdo con la jurisprudencia internacional, lo mínimo que debe existir, para que se pueda hablar de un cambio radical en el alcance de las obligaciones, es una amenaza al desarrollo vital del Estado, amenaza que se materializaría si se sigue cumpliendo con el tratado. Llevado esto al caso que nos ocupa, lo que el Estado ecuatoriano debió demostrar en 2010, era que el cumplimiento de los cinco TBI constituía una amenaza para el desarrollo del país. Esto tiene sentido, sobre todo por el argumento de CAITISA (2017, p.21), de que dichos tratados suponían una limitación a la capacidad de planificación, regulación y control del Estado sobre las inversiones, lo que los enfrentaba directamente con el poder constituyente del 2008, y específicamente con el Título VII de la Constitución (Régimen de Desarrollo). Esta crítica ya es contra toda la normativa contenida en los TBI, no sólo contra el arbitraje internacional de inversiones. Pese a la coherencia del argumento, la realidad y, sobre todo, las declaraciones de los mismos órganos gubernamentales ecuatorianos presentan ciertas contradicciones que lo desvirtúan.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que, hasta mayo de 2017, sólo el TBI con Finlandia había sido denunciado; ese mes le siguieron tres más y, curiosamente, el único de estos TBI por el que el Ecuador ha sido demandado (una sola vez) todavía sigue vigente. Es decir, hasta el año 2011 el Ecuador cumplió con sus obligaciones convencionales<sup>172</sup>, tres años después de producirse el supuesto cambio fundamental de

---

<sup>171</sup> Acceso a la base de datos el día 1 de mayo de 2018. Enlace: <https://pca-cpa.org/es/cases/154/>

<sup>172</sup> Así lo afirmó la Comisión Especializada de la Asamblea Nacional en sus cinco informes sobre los TBI y el principio *rebus sic stantibus*.

circunstancias. De todo esto, debería entenderse que haber dado cumplimiento a los TBI, desde la vigencia de la nueva Constitución de 2008, amenazó o directamente afectó al desarrollo vital del Ecuador. Sin embargo, las propias autoridades nacionales se refirieron al período comprendido entre 2007 y 2017 como “la década ganada” (Correa, citado por Telesur, 2016).

Por ejemplo, en su informe a la Nación del año 2016, el ex presidente Correa habló de “una década ganada en lo económico... crecimiento económico superior a la región, miles de obras de infraestructura, nueva institucionalidad, reducción de desigualdad y pobreza, empleo y salario digno, y mayores niveles de competitividad sistémica, recuperación de rentas petroleras y tributarias” (Telesur, 2016).

Por su parte, en el Plan Nacional del Buen Vivir<sup>173</sup> 2013-2017 se hace mención específica a las políticas enfocadas al desarrollo del país en la última década:

La creación, el fortalecimiento y la capitalización de empresas públicas en sectores claves de la economía... aparecen como decisiones fundamentales con respecto a la creación y (re)apropiación estatal de recursos con alta capacidad de generación de renta diferencial... El campo de influencia de las coaliciones político-económicas que apuntalaron el proyecto neoliberal se vio reducido a medida que se afirmaban las decisiones gubernativas... En el período 2007-2012, la sociedad y la nación hicieron uso de su Estado como agente fundamental para poner en marcha una estrategia heterodoxa de desarrollo y la procura del Buen Vivir... el gobierno ha otorgado prioridad a los capitales nacionales y al ahorro interno, como medios para dinamizar el desarrollo nacional (SENPLADES, 2013, pp.52-56).

Lo expuesto genera la siguiente interrogante, en la que se plasma la contradicción de los argumentos a favor de la aplicación del cambio de circunstancias: ¿Cómo pudo haber progreso en el Ecuador, si luego del ejercicio del poder constituyente de 2008, continuar cumpliendo con las obligaciones de los TBI suponía un cambio radical en el alcance de las obligaciones y por consiguiente una amenaza al desarrollo vital del Estado? La respuesta a esa pregunta es que no hubo ningún cambio significativo en el alcance de las obligaciones. La primera razón para decir esto, yace en el mencionado hecho de que, hasta 2011 e incluso la actualidad, el Ecuador no fue demandado sino una sola vez en virtud de un TBI. De ello puede deducirse que el desarrollo de la República del Ecuador y los cinco

---

<sup>173</sup> En adelante PNBV

TBI no estaban necesariamente enfrentados. Ese enfrentamiento sería real si, junto con la implementación de las nuevas disposiciones constitucionales de 2008, se hubieran presentado en contra del Estado ecuatoriano algunas demandas ante tribunales arbitrales de inversión, mas ese no ha sido el caso.

Lo último por resaltar en este punto es una de las afirmaciones de CAITISA (2017), sobre la paupérrima influencia que los TBI tuvieron sobre la inversión extranjera directa y el desarrollo del Ecuador. Naturalmente, en su análisis se ofrecen cifras contundentes, que hacen dudar de la utilidad de estos tratados, si nos enfocamos principalmente en cuánta inversión trajeron como uno de sus efectos directos. No sería pues, descabellado, afirmar que los TBI fueron un mal negocio en cuanto a esa específica situación mencionada.

No obstante, la sentencia del caso Gabcíkovo-Nagymaros sienta un precedente que ofrece una respuesta a las afirmaciones de CAITISA, y es que la poca rentabilidad de un tratado no implica una alteración en el alcance de las obligaciones. Se ha mencionado varias veces el enfoque de la carga insostenible y cómo debe entenderse que el cambio radical sobre las obligaciones implica que su cumplimiento amenaza al Estado y lo empuja a sacrificios injustos, creando un conflicto entre la justicia y el principio *pacta sunt servanda*. El problema con la argumentación de las autoridades ecuatorianas es que nunca demostraron cómo el cumplir con estos cinco TBI supone un sacrificio injusto para el Estado; se limitó el argumento a demostrar el mal negocio que los TBI suponen, aun cuando en ellos las partes contratantes se limitan a crear un marco jurídico para las inversiones privadas, no para ellos mismas hacerlas. El hecho de que la inversión privada esperada no se haya producido encaja dentro de la afirmación de Noonan (1984) de que inherente al acto mismo de negociar es considerar que en el futuro puede haber contingencias.

### 3.3.2. Elementos adicionales al artículo 62

#### Decisión por un tercero

Además del incumplimiento de todos los requisitos del artículo 62 en cuanto a la existencia de un cambio fundamental de circunstancias, la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional determina por sí y ante sí la existencia de un cambio de circunstancias fundamental. Es decir, desde tal posición, se sostiene que el Estado es capaz de decidir unilateralmente cuándo han concurrido los requisitos para aplicar el

artículo 62 de la CV. Este posicionamiento respecto a este modo de terminación de tratados no carece de fundamentos doctrinarios; por ejemplo, Bederman plantea:

*El rebus sic stantibus* es la reminiscencia de un absurdo dentro del Derecho Internacional. Este sería el principio general, aparentemente arraigado en la ley de las naciones, de que un Estado no puede ser juez en su propia causa...*el rebus sic stantibus* es la forma última de juzgamiento a sí mismo<sup>174</sup> (1988, pp.38-39).

Podría decirse, por lo tanto, que la Comisión Especializada y por añadidura la Asamblea Nacional, adoptaron una posición primitivista, en el sentido de que el Estado puede decidir cuándo considera que existe un cambio fundamental de circunstancias, sin requerir previamente el pronunciamiento de un tercero imparcial. Según Bederman, para el primitivismo "la supremacía del Estado no puede verse comprometida por un acuerdo arbitral...Los Estados son supremos dentro de sus propias esferas, y su capacidad para *auto-juzgarse* no puede ser usurpada ni delegada"<sup>175</sup> (1988, pp.38-39).

Sin embargo, como se expuso en el capítulo I de este trabajo, el desarrollo de dicho modo de terminación ha conducido a un rechazo de la terminación unilateral, manifestado ya desde el siglo XIX ante la intención rusa de librarse del Tratado de París<sup>176</sup> (Granville, citado por Bederman, 1988, p.39). Según Koeck (1974) "la práctica de la terminación unilateral de tratados estaba claramente arruinando el orden del Derecho Internacional"<sup>177</sup> (p.474). Ya se dijo anteriormente que, sería muy difícil que dos partes lleguen a un acuerdo respecto a cuándo una situación específica constituye un cambio fundamental de circunstancias. Por ello, "el procedimiento adecuado en caso de que un acuerdo entre las partes no se alcance, no es la acción unilateral, sino la decisión de un tercero"<sup>178</sup> (Koeck, 1974, p.113).

Por lo anterior, es posible decir que existe una cuestión de prejudicialidad, en el sentido de que la Comisión Especializada de la Asamblea sí podía considerar la existencia de un cambio fundamental de circunstancias, mas no estaba facultada para sostener que ello efectivamente había ocurrido, pues como se acaba de ver, tal determinación le correspondería a un juez o tribunal internacional.

---

<sup>174</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>175</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>176</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>177</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>178</sup> Original en inglés. Traducción propia

### Poder constituyente como acto del Estado

El último punto a tratar se relaciona principalmente con la teoría existencial-decisionista de Schmitt, expuesta en el segundo capítulo. En ella se plantea que, es el pueblo organizado como Estado, quien se da a sí mismo su Constitución deliberadamente. Desde una perspectiva internacional, la cuestión es aún más clara; el Estado, como sujeto de derecho y ente soberano, valiéndose del principio de autodeterminación, decide voluntariamente emitir una Constitución para regular su propia configuración y actividad. La Constitución es, así, una norma interna que el Estado decide emitir, él toma la decisión de dársela, comete el acto de aceptarla como parte de su ordenamiento.

Este acto de ejercer el poder constituyente, en el tema que nos ocupa, hace plantearse la siguiente interrogante: ¿Puede la acción política del Estado, cometida deliberadamente y con plena voluntad, constituir un cambio fundamental de circunstancias?

De acuerdo con los informes de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional, y de CAITISA, la respuesta es afirmativa. Ya se pudo evidenciar que las condiciones fácticas del Estado no sufrieron ninguna alteración significativa, pero sí las condiciones jurídico-políticas. Desde este punto de vista, ello sería suficiente para aplicar el artículo 62 de la CV.

Dicha posición cuenta con un discreto sustento doctrinario. Así por ejemplo, Lissitzyn (1967) afirma: “La Comisión<sup>179</sup> no excluyó del ámbito de operación de la doctrina a cambios producidos por el Estado que los invoca, o cambios en las políticas gubernamentales del mismo Estado”<sup>180</sup> (p.917); o Waldron, quien considera que “un cambio en la actitud de un gobierno podría constituir el tipo de cambio fundamental previsto dentro de la doctrina *rebus sic stantibus*, pese a ser un cambio traído deliberadamente por una de las partes del tratado”<sup>181</sup> (citado por Bennett & Roughan, 2006, p.517).

Esta argumentación se enfrenta a varios problemas, algunos de ellos ya revisados. Entre estos está que la jurisprudencia internacional determinó ya, que el cambio de régimen político de un Estado, sin un cambio en las circunstancias fácticas, no puede configurar

---

<sup>179</sup> Comisión de Derecho Internacional

<sup>180</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>181</sup> Original en inglés. Traducción propia

un cambio fundamental según el artículo 62 de la CV; o el hecho de que un cambio de actitud de una de las partes, respecto del tratado, tampoco cabe como un cambio esencial. Además de ellos, varios autores se manifiestan en contra de esta posibilidad de terminación por parte del Estado. Por ejemplo, Bennett & Roughan, al decir que “*rebus sic stantibus* es una excepción limitada, sólo puede aplicarse si el cambio de circunstancias afecta a la esencia del consentimiento de las partes para obligarse, y no es causado por aquella que pretende repudiar sus obligaciones” (2006, p.516)<sup>182</sup>. También se ha dicho que

Una parte podría entrever la existencia de un cambio fundamental en las circunstancias como fundamento para la terminación o suspensión de las obligaciones en cuestión “sólo si ella misma no causó el cambio en el estado de las cosas por su acción inconsistente con el propósito del acuerdo y, al contrario, ha actuado de buena fe”<sup>183</sup> (*Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, citado por Lissitzyn, 1967, p.901).

Koeck (1974) menciona que esta discusión sí surgió también en el seno de la Comisión de Derecho Internacional:

Sir Francis Vallat apuntó que hubiese sido preferible dejar expresa la prohibición de invocar cambios políticos propios en el contexto del *rebus sic stantibus*. Ante la ausencia de una declaración explícita para tal efecto, él se apoyó en los *travaux préparatoires*, donde encontró “satisfactoriamente” un acuerdo de la Comisión en cuanto a esta cuestión<sup>184</sup> (p.110).

Ahora, además de la formulación del artículo 62, la jurisprudencia y la práctica histórica internacional, existe una razón para descartar a la acción política del Estado como capaz de configurar un cambio fundamental del Estado, y es que bajo este argumento puede esconderse el intento de circunvenir una regla expresa de la Convención de Viena.

Al caracterizar al poder constituyente como poder político supremo, por encima de todo orden estatal y todo poder constituido, no debe olvidarse el hecho de que este poder actúa dentro de la esfera estatal, es decir, se ejerce dentro de un Estado específico, con el fin de otorgarle una norma suprema respecto de su ordenamiento jurídico. Pero lo importante a resaltar aquí, es que la Constitución es una norma interna del Estado (todo el análisis en

---

<sup>182</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>183</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>184</sup> Original en inglés. Traducción propia

el capítulo 2 subraya esto), y como tal, hay que recordar lo dicho por la legislación y jurisprudencia internacional al respecto, es decir, que no se puede invocar ni siquiera a la propia Constitución para justificar el incumplimiento de un tratado.

El afirmar que este poder político, por ser supremo y extraordinario, genera un cambio fundamental de circunstancias, se convierte sencillamente en una manera de burlar el artículo 27 de la Convención de Viena, que recoge el principio *pacta sunt servanda* y la prohibición de utilizar al ordenamiento interno como argumento para el desconocimiento de obligaciones convencionales de un Estado. El principio de supremacía constitucional no se sobrepone al principio de *pacta sunt servanda*; más aún, ni siquiera se enfrenta, pues como se vio en el capítulo 2, cada uno opera dentro de su propia esfera.

Junto a lo anterior, me adhiero al siguiente criterio: “Esta teoría no sólo que carece de fundamentos en el derecho internacional contemporáneo, sino que es contraria al sentido común y al principio de la coexistencia pacífica entre distintas estructuras políticas, sociales y económicas”<sup>185</sup> (Koeck, 1974, p.110). En efecto, gracias al derecho a la libre determinación, los Estados pueden diferir mucho entre sí, sobre todo en política. Es por ello que, de manera soberana, cada uno puede tomar la decisión política fundamental de ejercer el poder constituyente y otorgarse el ordenamiento que considere correcto para sí. Ahora bien, el hecho de que los Estados sean los sujetos en el Derecho Internacional, implica que ellos intervienen como tales, sin importar de su configuración política u otros factores internos. Una de las formas en que se sostienen el orden y la estabilidad internacional, es precisamente asegurando que las partes que intervienen serán las mismas, independientemente de su orden interno.

Para finalizar, vale hacer dos reflexiones en cuanto a la manifestación del poder constituyente. En primer lugar, si éste se ejerce siguiendo un procedimiento reglado, como lo sería la convocatoria a una asamblea constituyente y un referéndum de aprobación, queda ya descartada la posibilidad de hablar de un cambio fundamental de circunstancias, puesto que no hay una alteración fáctica, sino meramente normativa, y, además, no habría imprevisibilidad, puesto que la nueva Constitución implicaría todo un proceso de reflexión, análisis y deliberación relativo a su texto. En ese sentido, el cambio vendría ya anunciado con anticipación, y sería absurdo admitir que el Estado, entendido como pueblo organizado como tal, pudiera sostener que el cambio normativo ocurrido

---

<sup>185</sup> Original en inglés. Traducción propia

como consecuencia del poder constituyente, haya sido imprevisible, considerando que uno de sus órganos orquestó las condiciones para su ejercicio.

En segundo lugar, se dijo ya que los procedimientos pueden ser obviados por el poder constituyente, puesto que es un poder de hecho, no de derecho. Más aún, Lowenstein advierte que “en nuestros días, la constitución escrita se ha convertido frecuentemente en la tapadera para el ejercicio de un nudo poder” (1970, p.161). Ahora, que un ejercicio de hecho del poder constituyente pueda constituir un cambio fundamental de circunstancias, alegado por el mismo Estado que lo ha ejercido, deja entrever que estas decisiones políticas, que no responden a ninguna norma previa por ser intrínsecamente válidas, y por tanto son positivamente ilimitadas, están más bien enfrentadas con “la doctrina *rebus sic stantibus*, reconocida como un intento de restringir jurídicamente la, de otro modo, gran capacidad de los Estados de unilateralmente desconocer sus obligaciones por considerar que las circunstancias han cambiado”<sup>186</sup> (Bennett & Roughan, 2006, p.514).

Para Binder (2013) “toda posibilidad de incumplimiento (convencional) debe ser mantenida en el mínimo más estricto”<sup>187</sup> (pp.672-673), y por ello, dejar el principio de *pacta sunt servanda*, “el más importante del Derecho de los tratados”<sup>188</sup> (Suraputra, 2014, 463), a merced de un poder que puede ser ejercido sin observancia a norma alguna y que además pueda ser calificado como cambio fundamental de circunstancias, constituiría una seria amenaza para la estabilidad del orden internacional.

---

<sup>186</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>187</sup> Original en inglés. Traducción propia

<sup>188</sup> Original en inglés. Traducción propia

## Capítulo IV

### 4. Conclusiones

En este cuarto y último capítulo se presentan las conclusiones obtenidas de este trabajo de investigación, las cuales se relacionan con los objetivos planteados en la introducción del mismo. Para ello, se expondrán en primer lugar las conclusiones específicas de cada capítulo, para luego continuar con las conclusiones metodológicas, y finalmente cerrar con una conclusión general de la disertación.

#### Utilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*; regla objetiva formulada en términos subjetivos; decisión por un tercero imparcial

- No obstante las escasas ocasiones en que se ha alegado el cambio fundamental de circunstancias por un Estado para dar por terminado un tratado, esta institución no es ni anticuada ni poco útil. Al contrario, es absolutamente necesaria si se acepta que la realidad en que se desenvuelven las relaciones interestatales está sujeta a constantes cambios, muchos de los cuales son imprevistos y ajenos a la voluntad de las partes. Más aún, es una institución justa, sobre todo si se la aplica desde el enfoque de la carga insoportable tal como sugiere la Convención de Derecho Internacional, puesto que constituye un auxilio para aquellos Estados que, habiendo celebrado un tratado considerando determinadas circunstancias externas, se encuentran con que las condiciones en las que se va a aplicar el tratado han cambiado de manera radical, y el cumplir con sus obligaciones les supondría un sacrificio excesivamente gravoso, al cual no habrían accedido al tiempo de la celebración del instrumento.

- Pese a su objetividad, en el sentido de estar recogido como una regla en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados para evitar el abuso que los Estados podían hacer de éste, y no ya tenido como condición implícita de todo tratado, el cambio fundamental de circunstancias contemplado en el artículo 62 está formulado en términos que dejan un amplio margen de interpretación, por lo que su aplicación dependerá de las condiciones específicas de cada caso en que un Estado pretenda terminar un tratado según la cláusula *rebus sic stantibus*. Además, por la formulación del artículo 62, cada uno de sus elementos propicia que en determinado momento de la interpretación se aplique el enfoque de la intención de las partes y en otro el de la carga insoportable.

- Además de los cinco elementos que la Convención de Viena expone como constituyentes del cambio fundamental de circunstancias (cambio circunstancial entre el momento de celebración y el de aplicación; carácter fundamental del cambio; modificación de las circunstancias sobre las que descansaba el consentimiento de las partes; imprevisibilidad; alteración radical en el alcance de las obligaciones), y precisamente porque éste se recogió para evitar la aplicación unilateral por parte de los Estados del mismo, existe un sexto requisito, que es la decisión de un tercero imparcial respecto de la existencia del cambio fundamental. Esto se verifica por el proceso de terminación recogido en la misma Convención y ampliado en el artículo 33 de la Carta de la ONU y en el Anexo de la Convención.

#### Constitución como decisión voluntaria del Estado; conflicto entre supremacía constitucional y supremacía del Derecho Internacional Público

- Desde la teoría liberal no se define lo que la Constitución es, sino lo que debe ser. Por ello, la definición de Schmitt es preferible para dar cuenta de lo que es una Constitución y distinguirla de aquello que no es, independientemente de sus virtudes. Así, la Constitución es la “decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma... que fija la existencia política en su concreta forma del ser” (2015, p.58). El resto de disposiciones que no determinen o estén directamente relacionadas con la existencia y forma de la unidad política, pero consten en el texto constitucional, son leyes constitucionales y debe entenderse que su jerarquía es menor a la de la Constitución, no obstante estar recogidas en la misma norma.

- La teoría existencial-decisionista, al definir al poder constituyente como “voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política” (Schmitt, 2015, p.123) lo reconoce como un acto del Estado, entendido éste como estatus político de un pueblo. Gracias a esta teoría, no importa la cuestión meramente histórica de la titularidad, o qué características revistan su ejercicio, porque seguirá siendo el Estado el sujeto a quien se le atribuya el ejercicio del poder constituyente. Desde una perspectiva internacional esto es crucial, puesto que la adopción de una nueva Constitución se tiene como un acto consciente, voluntario y unilateral del Estado, no una circunstancia fáctica externa ajena a su control y voluntad, y, por consiguiente, el resto de sujetos internacionales pueden atribuir la creación de una nueva

Constitución entera y exclusivamente a la voluntad del Estado que se la da, incluso cuando este poder se ejerza de hecho.

- Pese a no tener limitaciones positivas, el límite del poder constituyente originario de simple organización inevitablemente conduce al surgimiento de conflictos normativos luego de su ejercicio, entre la nueva Constitución y las normas del ordenamiento previo en el cual ésta debe encajar y a la que aquellas deberán adaptarse.

- La supremacía constitucional es un presupuesto necesario para la unidad y coherencia del sistema jurídico, pero por ser una norma estatal no puede pretenderse que sea superior a los tratados en el ámbito internacional. En ese sentido, por diferir en sus respectivos ámbitos de aplicación, el conflicto entre una disposición constitucional y una norma internacional no es uno de validez; en el ámbito interno, los tratados no son un obstáculo insuperable para el poder constituyente originario; y en el internacional, la norma constitucional que contradiga un tratado no es inválida, sino que su aplicación efectiva supone un comportamiento ilícito.

Enfoque de la carga insoportable; baja rentabilidad no es un cambio en el alcance de las obligaciones; el poder constituyente ecuatoriano de 2008 incumple con todos los requisitos del cambio fundamental de circunstancias

- Históricamente, las circunstancias cambiantes que los Estados han alegado para intentar aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* han sido por regla general externas, y están especialmente relacionadas con asuntos bélicos. El caso de la denuncia de acuerdos comerciales por Estados Unidos en 1891 y 1898 es quizá el único precedente histórico en que un Estado pretendió la aplicación del principio *rebus sic stantibus* como medio de terminación de tratados, sosteniendo que un cambio en su propia legislación, llevado a cabo naturalmente por sus propios organismos nacionales, puede constituir un cambio fundamental de circunstancias.

- La jurisprudencia internacional ha precisado ciertos criterios de aplicación del artículo 62 de la Convención de Viena, entre los cuales resalta la importancia del enfoque de la carga insoportable, la necesidad de revisar las demás condiciones fácticas que rodean al momento de invocación del cambio fundamental de circunstancias puesto que el cambio de sistema político o económico no lo configura por sí solo, y que la poca rentabilidad de un tratado respecto de aquella prevista o esperada al momento de su celebración no equivale a un cambio radical en el alcance de las obligaciones por cumplirse.

- Los argumentos jurídicos del gobierno ecuatoriano en contra de todo el régimen creado por los TBI, se relacionan sobre todo con su supuesta incompatibilidad con el Régimen de Desarrollo de la Constitución de 2008, un Estado regulador, y específicamente con su artículo 339, todos postulados de la economía social y solidaria. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que sólo la previsión del arbitraje internacional de inversiones en los cinco TBI denunciados es inconstitucional por hallarse expresamente prohibido en el artículo 422.

- El poder constituyente del año 2008, con su determinación de un sistema económico social y solidario, sí se configuró como un cambio fundamental de las circunstancias jurídico-políticas en el Ecuador. No obstante, en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena y la jurisprudencia internacional, un cambio de circunstancias que permita terminar un tratado debe abarcar más que sólo la transición de un sistema político o económico a otro.

Las conclusiones metodológicas de la presente disertación se extraen del tercer capítulo, puesto que en él se realiza el ejercicio comparativo entre los elementos analizados de los capítulos anteriores, a saber, el cambio fundamental de circunstancias y el poder constituyente originario. Realizada tal comparación con el caso específico del poder constituyente ecuatoriano de 2008 y la Constitución de Montecristi, se obtuvieron los siguientes resultados:

- No existió cambio fundamental de circunstancias: La determinación del sistema económico ecuatoriano como social y solidario es una ley constitucional, no parte de su Constitución; sus mismos ideólogos la definen como política de los gobiernos de turno, e incluso algunos la descartan como alternativa a la economía social de mercado. Por su parte, el Dictamen No. 001-11-DRC-CC de la Corte Constitucional establece que el sistema social y solidario no determina la existencia o forma de la unidad política ecuatoriana.
- No existió cambio fundamental de circunstancias: Las revoluciones auténticas son muy poco frecuentes, y la Revolución Ciudadana no es admitida como verdadera revolución ni por la teoría soviética, pues no hubo un cambio en el tipo de Estado, lo cual lleva a la siguiente conclusión.
- No existió cambio de circunstancias: La jurisprudencia internacional determina que no basta un cambio de sistema político-económico para aplicar el artículo 62 de la Convención de Viena. En el Ecuador, no sólo que no hubo un cambio, sino

que las circunstancias de la última década (profundización del extractivismo, concentración y extranjerización de la propiedad, pérdida de participación de la producción nacional) se alejan de los postulados de la economía social y solidaria.

- Poder constituyente no fue imprevisible: Por su cantidad de Constituciones pasadas, la proclividad de su clase política al ejercicio del poder constituyente, el hecho de que el sistema económico de la Constitución de 2008 ya era una propuesta existente años atrás y la determinación de la CIJ de que los avances en la ciencia jurídica no son imprevisibles, no puede decirse que, para el Ecuador mismo, el proceso constituyente de 2008 le resultase un hecho imprevisible.
- Las circunstancias que cambiaron no fueron la base esencial del consentimiento ecuatoriano para obligarse a los TBI: La economía social de mercado no es mencionada en ninguno de los preámbulos de los TBI referidos o en sus textos, y su objeto y fin se formulan en términos tan generales, que difícilmente se los puede relacionar con un sistema económico en específico. Además, si el Estado ecuatoriano hubiese negociado algo distinto de haber conocido el supuesto cambio que vendría, no seguiría negociado condiciones similares a las de los TBI a través de otros mecanismos.
- El alcance de las obligaciones por cumplirse no cambió radicalmente: El gobierno ecuatoriano ofrece datos demostrativos de la escasa aportación de la inversión extranjera directa al desarrollo nacional y la inexistente relación causal entre TBI e IED; sin embargo, pese a probar el mal negocio que los TBI fueron, el gobierno falla en probar el sacrificio que supondría el cumplir con los cinco TBI celebrados con Estados europeos. Más aun, los costos que esos TBI generaron al Estado por concepto de arbitrajes es, a la fecha, nulo. Finalmente, el discurso oficial de una década de prosperidad en tiempos en que los TBI aún estaban vigentes, no se corresponde con el argumento de que tales instrumentos suponían y suponen una amenaza para el desarrollo vital del Ecuador.

Aceptar al poder constituyente en general como un cambio fundamental de circunstancias es contrario al fin del artículo 62 de la Convención de Viena de limitar la discrecionalidad estatal en el desconocimiento de obligaciones

En consideración al planteamiento del problema de investigación y al objetivo general formulado en la introducción, puede concluirse que el poder constituyente originario del

2008 en Ecuador y el cambio fundamental de circunstancias como medio de terminación de los tratados son fenómenos incompatibles, en el sentido de no existir ningún punto de conexión entre ambos. Como producto del poder constituyente, la Constitución del 2008 es una decisión voluntaria, unilateral y deliberada del Estado ecuatoriano, adoptada luego de un proceso de discusión por una Asamblea Constituyente que claramente se declaró contraria a los TBI (Salvador & Riofrío, 2010, p.93). Por su parte, el cambio fundamental de circunstancias es una institución que fue recogida y reglada en la Convención de Viena precisamente como un límite a la discrecionalidad de los Estados y a su poder unilateral a la hora de desconocer sus obligaciones convencionales. En consecuencia, sería absolutamente contrario al sentido del artículo 62 de la Convención de Viena, aceptar que un acto como el ejercicio del poder constituyente, en las condiciones del caso ecuatoriano y por los cambios normativos que trajo consigo, pueda ser tenido como un cambio fundamental de circunstancias respecto a aquellas existentes al momento de celebración de los tratados de protección de inversiones. Dicho poder constituyente manifiesta un cambio de actitud hacia esos instrumentos internacionales, pero no se manifiesta dentro del ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, pues ésta existe para aliviar a los Estados de obligaciones injustas, no de obligaciones inconvenientes.

## Referencias

- Abass, A. (2012) *International Law*. Oxford: Oxford University Press
- Abello, R. (2006) De la cláusula *rebus sic stantibus* al cambio fundamental en las circunstancias. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, s.f. Recuperado de [http://www.anuariocdi.org/contemporaneo/1\\_8\\_de%20la%20clausula.pdf](http://www.anuariocdi.org/contemporaneo/1_8_de%20la%20clausula.pdf)
- Andritoi, C. (2011). THE CLAUSE "REBUS SIC STANTIBUS" IN THE STATE PRACTICE. *Land Forces Academy Review*, 16(1), 52-58. Recuperado de <https://search.proquest.com/docview/858247632?accountid=13357>
- Andritoi, C. (2012). CONTROVERCIES AND AMBIGUITIES REGARDING THE CLAUSE REBUS SIC STANDIBUS. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 4(1), 225-231. Recuperado de <https://search.proquest.com/docview/1080807975?accountid=13357>
- Aristóteles (2005) *Política*. [Traducido al español de Πολιτικά] Madrid: Istmo
- Árnadóttir, S. (2016). Termination of Maritime Boundaries Due to a Fundamental Change of Circumstances. *Utrecht Journal of International and European Law*, 32(83), 94–111. DOI: <http://doi.org/10.5334/ujiel.335>
- Arsen, P. (2003) *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*. Buenos Aires: Editorial Astrea
- Azcárate, M. (1990) Las revoluciones europeas de 1989-1990, *Anuario internacional CIDOB*, pp.121-124. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/AnuarioCIDOB/article/viewFile/33258/85083>
- Barboza, J. (2001), *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavalia
- Bederman, D. (1988) The 1871 London Declaration, Rebus Sic Stantibus and a Primitivist View of the Law of Nations. *The American Journal of International Law*, Vol. 82, No.1, [pp.1-40]. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/2202874>
- Bennet, M. & Roughan, N. (2006) *Rebus Sic Stantibus and the Treaty of Waitangi*. *Victoria University of Wellington Law Review*, 37 (4), 505-545. Recuperado de <http://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2006/24.html>

- Binder, C. (2010) Book Review: Elena Conde Pérez. La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y práctica estatal. *European journal of international law*, 21(3), pp. 793-794. doi:10.1093/ejil/chq060
- Binder, C. (2013) BEITRÄGE ZUM AUSLÄNDISCHEN ÖFFENTLICHEN RECHT UND VÖLKERRECHT. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 245, 671-685. ISBN 978-3-642-35093-1. Recuperado de <http://www.mpil.de/files/pdf3/beitr2451.pdf>
- Bobbio, N. (2017) *Locke y el Derecho Natural*. Valencia: Tirant Humanidades
- Borja, R. (1971) *Derecho Político y Constitucional*. Tomo II. Quito: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana
- Comisión de Derecho Internacional (1969) The Question of Rebus Sic Stantibus. En *The International Law Commission Commentary*. Recuperado de <http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/International-Law-Commission-Commentary.pdf>
- Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), (2017) *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador. Informe Ejecutivo*. Quito: IAEN. Recuperado de <http://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>
- Conde, Y. L. R. (2015). *Derecho internacional público*. Sevilla, ES: Athenaica Ediciones Universitarias. Retrieved from <http://www.ebrary.com>
- Coraggio, J. (2014): *La presencia de la economía social y solidaria y su institucionalización en América Latina*, UNRISD Occasional Paper: Potential and Limits of Social and Solidarity Economy, No. 7. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10419/148805>
- Diez de Velasco, M. (2003) *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos

- Díez-Picazo, L. (2006) Límites Internacionales al Poder Constituyente. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Núm.76, [9-32], ISSN: 0211-5743. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1994401>
- Donoso, A. (2016) *Instituciones del Derecho Penal: Delito y Pena*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- Freidenberg, F. (2012). ECUADOR 2011: Revolución Ciudadana, Estabilidad Presidencial y Personalismo Político. *Revista de ciencia política (Santiago)*, 32(1), [129-150]. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2012000100007>
- García-Pelayo M. (1948) *Revista de Estudios Políticos. Constitución y Derecho constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)*, (37-38), [54-124], ISSN 0048-7694. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127679>
- Gascón, M. (1997) *La argumentación en el Derecho*. Madrid: Palestra
- Gonzales, J. Sanchez, L. & Sáens de Santamaría P. (2003) *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas Ediciones S.L.
- Grijalva, A. (2012) *Constitucionalismo en Ecuador*. 1ª reimp. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
- Guerrero, J. (2012) Aproximación al control abstracto en el Ecuador. La acción de inconstitucionalidad. En Montaña, J. (Edit.), *Apuntes de derecho procesal constitucional* (pp.61-101) Tomo 3. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
- Guarderas, E. (2015) *Teoría General del Proceso*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- Gutiérrez, C. & Cervell, M. (2008) *El derecho internacional en la encrucijada: curso general de derecho internacional público*. II Ed. Madrid: Trotta
- Haljan, D. (2013) Treaties and Law-Making Powers. En: *Separating Powers: International Law before National Courts*, La Haya: T.M.C. Asser Press, doi: 10.1007/978-90-6704-858-3\_3

- Hauriou, M. (1927) *Principios de Derecho Público y Constitucional*. II Edición. Madrid: REUS
- Henríquez, M., Alañón, F., Ordóñez, D., Otero, J. & Rabanal, P., (2016) La cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia actual. *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, No. 66, [pp.189-207], doi: 10.2436/rld.i66.2016.2792
- Jellinek, J. (1958) *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros
- Kelsen, H. (1969) *Teoría general del Derecho y del Estado*. III Edición. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México
- Kelsen, H. (1979) *Teoría general del Estado*. 15ª Edición. Ciudad de México: Editora Nacional
- Koeck, H. (1974) *Georgia Journal of International and Comparative Law. The "Changed Circumstances" Clause after the United Nations Conference on the Law of Treaties (1968-69)*, 4 (1). [93-115] Recuperado de <http://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol4/iss1/5/>
- Larrea Holguín, J. (2003) *Supremacía de la Constitución y tratados internacionales*. Foro: Revista de derecho. I Semestre. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito: Corporación Editora Nacional. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/1815>
- Linares Quintana, S. (1970) *Derecho constitucional e instituciones políticas*, t.II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- Linares Quintana, S. (1976) *Derecho constitucional e instituciones políticas*, v.II, Madrid: Editorial Plus Ultra
- Linares Quintana, S. (1953) *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t.II, Buenos Aires: Alfa
- Lissitzyn, O. (1967). *Treaties and Changed Circumstances (Rebus Sic Stantibus)*. *The American Journal of International Law*, 61(4), 895-922. doi:10.2307/2197343
- Löwenstein, K. (1970) *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel
- Mariño, F. (1999) *Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Molina, C. (2006) *Derecho constitucional general*. II Edición. Medellín: Universidad de Medellín. Recuperado de:

[https://books.google.com.ec/books?id=RXpHo1qD0QQC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=RXpHo1qD0QQC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

- Morgenthau, H. (1986) *Política entre las naciones: la lucha por el poder y la paz*. 3ª Edición. Buenos Aires: GEL
- Moya Domínguez, M. (2010) *Manual de derecho internacional público*. Buenos Aires: Ediar
- Naranjo Mesa, V. (2006) *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Décima Edición. Bogotá: Editorial Temis
- Noonan, P. (1984) *Revolutions and Treaty Termination*, Penn State International Law Review: Vol. 2: No. 2, Article 4. Recuperado de: <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol2/iss2/4>
- Olivart, R. M. (1903) *Tratado de derecho internacional público*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez
- Ortega, J., Fernández, A., Forcada, I. & Sánchez, A. (2011) *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Valencia: Tirant Lo Blanch
- Oyarte, R. (1998) Límite y limitaciones al poder constituyente. *Revista Chilena de Derecho*, 25 (1), 65-84. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650093>
- Oyarte, R. (2014) *Derecho Constitucional*. I Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Pastor Ridruejo, J. (2015) *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Editorial Tecnos
- Pearson, F. & Rochester, J. (2000) *Relaciones Internacionales. Situación global en el siglo XXI*. Cuarta Edición. Bogotá: McGraw-Hill
- Pérez, P., comp. (2009) *La constitución ciudadana: doce visiones sobre un documento revolucionario*. Quito: Taurus
- Prieto Sanchís, L. (1981) *Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales (I)*. *Revista española de derecho constitucional*, Año

1, No.1, ISSN 0211-5743, [207-234]. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=250012>

Ramírez, N. (2007) Cláusula Rebus Sic Stantibus: ¿Una opción para el problema del agua en la frontera norte? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 623-641. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/211/354>

Remiro Brotóns, A. (2007) *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch

Rodríguez, B. (2006) *Metodología Jurídica*. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Ciudad de México: Oxford University Press

Rodriguez, P. & Pérez, D. (2015) Revista Excelencia Administrativa-Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad de Chihuahua. *Análisis de puntos de incomparabilidad entre la Constitución y los tratados internacionales* (12), 35 [73-88]. Recuperado de [http://www.fca.uach.mx/posgrado\\_e\\_investigacion/2017/04/06/11.REVISTA%2035%20COMPLETA.pdf](http://www.fca.uach.mx/posgrado_e_investigacion/2017/04/06/11.REVISTA%2035%20COMPLETA.pdf)

Rojas Amandi, V. (2014) *Derecho de los Tratados*. México: Tirant Lo Blanch

Ruiz, O. W. (2015) *Responsabilidad del estado social de derecho por los actos del poder constituyente*. Recuperado de <http://ebookcentral.proquest.com>

Sagües, N. (2001) *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea

Salgado Pesántez, H. (1986) *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*. Quito: ILDIS

Salgado Pesántez, H. (2010) *Introducción al Derecho*. Quito: Colección Manuales Jurídicos

Salgado Pesántez, H. (2012) *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Ediciones Legales

Salvador Crespo, Í. (2016) *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Salvador, Í. & Riofrío, M. (2010) *La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas*. Revista

Ecuatoriana de Arbitraje, (2), [89-127]. Recuperado de [http://iea.ec/pdfs/2010/Art\\_inigoSalvador.pdf](http://iea.ec/pdfs/2010/Art_inigoSalvador.pdf)

Schmitt, C. (2015) *Teoría de la Constitución*. [Traducido al español de Verfassungslehre] 1ª reimp. Madrid: Alianza Editorial

Sepúlveda, C. (1998) *Derecho Internacional*, 20ª Ed., Ciudad de México: Porrúa

Seara Vázquez, M. (1991) *Derecho internacional público*. Ciudad de México: Porrúa

Serna, P. (2006) *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos*. Ciudad de México: Porrúa

Sierra, M. (1959) *Tratado de derecho internacional público*. México: s. n.

Sierra Prieto, G. (2011). La Corte Penal Internacional analizada desde la teoría de la interdependencia compleja. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 6(1), 191-210. Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1909-30632011000100010&lng=en&tlng=en](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1909-30632011000100010&lng=en&tlng=en).

Sorensen, M., comp. (2008) *Manual de Derecho Internacional Público*. 10ª reimpression. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica

Suraputra, S. (2014) Doctrine of Rebus Sic Stantibus and Law of International Treaty. *Jurnal Hukum Internasional*. Vol. 11, No. 4, [pp.462-482] Recuperado de <http://ijil.ui.ac.id/index.php/home/article/view/518>

Taylor, H. (1913). THE RULE OF TREATY CONSTRUCTION KNOWN AS REBUS SIC STANTIBUS. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917)*, 7, 223-231. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/25656471>

Terán, J.M. (2005) *Filosofía del Derecho*. Decimoctava Edición. Ciudad de México: Porrúa

Tibocha, A., & Jaramillo, M. (2008). La Revolución Democrática de Rafael Correa. *Análisis Político*, 21(64), [22-39]. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/46023/47575>

Trujillo, J.C. (2006) *Teoría del Estado en el Ecuador*. II Edición. Quito: Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar

Trujillo, J.C. (2014) *Constitucionalismo Contemporáneo*. Quito: Corporación Editora Nacional-Universidad Andina Simón Bolívar

Verzijl, J. (1973) *International Law in Historical Perspective*. Países Bajos: A.W. Sijthoff International Publishing Company B.V. Recuperado de [https://books.google.com.ec/books?id=B2TYeklwLB4C&pg=PA357&lpg=PA357&dq=clayton+bulwer+treaty+rebus&source=bl&ots=Fpq4BvfIsb&sig=R4\\_gaWxT93UO6-zLWk5Thd18Niw&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj-2o-CntbZAhVtx1kKHc7UB7YQ6AEIUDA#v=onepage&q=clayton%20bulwer%20treaty%20rebus&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=B2TYeklwLB4C&pg=PA357&lpg=PA357&dq=clayton+bulwer+treaty+rebus&source=bl&ots=Fpq4BvfIsb&sig=R4_gaWxT93UO6-zLWk5Thd18Niw&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj-2o-CntbZAhVtx1kKHc7UB7YQ6AEIUDA#v=onepage&q=clayton%20bulwer%20treaty%20rebus&f=false)

Virally, M. (1998) *El Devenir del Derecho Internacional*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica

Wautiez, F., Bisaggio, C., & De Melo, A. (2004) Indicadores de la Economía Solidaria. En Cattani, A. (org.), *La Otra Economía* (pp.281-291). Recuperado de <https://www.economiasolidaria.org/sites/default/files/Laotraeconomia.pdf>

Woolsey, L. H. (1927). China's Termination of Unequal Treaties. *The American Journal of International Law*, 21(2), 289-294. doi:10.2307/2189128

Zagrebelsky, G. (2004) *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*, VI Edición, Madrid: Editorial Trotta

### Artículos Periódísticos

El Ciudadano (6 de junio de 2015) La Constitución de Montecristi fue el fin de la larga Noche Neoliberal. *El Ciudadano*. Recuperado de <http://www.elciudadano.gob.ec/la-constitucion-de-montecristi-fue-el-fin-de-la-larga-noche-neoliberal/>

El Comercio (9 de septiembre de 2017) Glas propone una Constituyente para ‘cambiar la estructura del Estado’. Recuperado de <http://www.elcomercio.com/actualidad/jorgeglas-asamblea-constituyente-ecuador-leninmoreno.html>

El Telégrafo (5 de febrero de 2017) Washington Pesántez propone la instalación de una nueva Asamblea Constituyente. *El Telégrafo*. Recuperado de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politiko/1/washington-pesantez-propone-la-instalacion-de-una-nueva-asamblea-constituyente>

El Universo (24 de noviembre de 2016) Patricio Zuquilanda: ‘Negociaremos para Lucio la Presidencia de la Asamblea’. *El Universo*. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2016/11/24/nota/5918272/negociaremos-lucio-presidencia-asamblea>

El Universo (9 de marzo de 2017) Dalo Bucaram pide Constituyente para dar apoyo territorial a Guillermo Lasso. *El Universo*. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2017/03/10/nota/6081571/bucaram-pide-constituyente-dar-apoyo-territorial-guillermo-lasso>

El Universo (22 de septiembre de 2017) Rafael Correa plantea Constituyente para que no se siga ‘destruyendo lo logrado’. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2017/09/22/nota/6394852/rafael-correa-plantea-constituyente-que-no-se-siga-destruyendo>

Expreso (6 de marzo de 2017) Guillermo Lasso planea llamar a Asamblea Constituyente en Ecuador. *Expreso*. Recuperado de <http://www.expreso.ec/actualidad/ecuador-politica-elecciones2017-asambleaconstituyente-guillermolasso-LI1138148>

Ordóñez, V. (14 de marzo de 2017) Paco Moncayo: He recibido llamadas de apoyo de gente de la ID. *El Universo*. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2017/03/14/nota/6089161/he-recibido-llamadas-apoyo-gente-id>

Oliva, N., Vollenweider, C. & Pagliarone M. (2016) Ecuador: Último Informe a la Nación del presidente Rafael Correa. *Telesur*. Recuperado de <https://www.telesur.tv.net/opinion/Ecuador-Ultimo-Informe-a-la-Nacion-del-presidente-Rafael-Correa--20160530-0049.html>

### Normas Jurídicas

Acuerdo entre el gobierno del Reino de Suecia y el gobierno de la República del Ecuador para la promoción y protección recíproca de inversiones (31 de mayo de 2001)

Asamblea General de las Naciones Unidas (16 de diciembre de 1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP]. R.O.: 101 de 24 de enero de 1969. Recuperado de [http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=INTERNAC-PACTO\\_DERECHOS\\_ECONOMICOS\\_SOCIALES\\_CULTURALES\\_CIVILES\\_POLITICOS&query=pacto%20internacional%20derechos%20civiles#I\\_DXDataRow1](http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=INTERNAC-PACTO_DERECHOS_ECONOMICOS_SOCIALES_CULTURALES_CIVILES_POLITICOS&query=pacto%20internacional%20derechos%20civiles#I_DXDataRow1)

Asamblea General de las Naciones Unidas (1970) Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (A/8082), Resolución 2625. Recuperado de [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=S&Area=RESOLUTION)

Asamblea Nacional del Ecuador (2009) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O: 52. Recuperado de [http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-LEY\\_ORGANICA\\_DE\\_GARANTIAS\\_JURISDICCIONALES\\_Y\\_CONTROL\\_CONSTITUCIONAL](http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-LEY_ORGANICA_DE_GARANTIAS_JURISDICCIONALES_Y_CONTROL_CONSTITUCIONAL)

Asamblea Nacional del Ecuador (2009) Ley Orgánica de la Función Legislativa, R. O: 642. Recuperado de [http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-LEY\\_ORGANICA\\_DE\\_LA\\_FUNCION\\_LEGISLATIVA](http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-LEY_ORGANICA_DE_LA_FUNCION_LEGISLATIVA)

Asamblea Nacional del Ecuador (2010) Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional, R.O: 182. Recuperado de: [http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-REGLAMENTO\\_ORGANICO\\_FUNCIONAL\\_DE\\_LA\\_ASAMBLEA\\_NACIONAL](http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/FullDocumentVisualizerPDF.aspx?id=PUBLICO-REGLAMENTO_ORGANICO_FUNCIONAL_DE_LA_ASAMBLEA_NACIONAL)

Constitution of the United States of America (1787) [Const.] Recuperado de [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm)

Constitución Política del Ecuador [Const.] (1979) Recuperado de [https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion\\_1978.pdf](https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf)

Constitución de la República del Ecuador [Const.] (1998) Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_ecu\\_anexo15.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf)

Constitución de la República del Ecuador [Const.] (2008) R.O.: 449 de 20 de octubre de 2008. Corporación de Estudios y Publicaciones

Convenio entre el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones (10 de mayo de 1994)

Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones (18 de abril de 2001)

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Francesa para la promoción y protección recíproca de inversiones (7 de septiembre de 1994)

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano [DDHC] (1789). Recuperado de [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949) [Const.] Recuperado de <https://www.bundestag.de/grundgesetz>

Organización de Estados Americanos (1969) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Organización de las Naciones Unidas (1945) Carta de las Naciones Unidas. R.O: 461 de 18 de diciembre de 1945. Recuperado de <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>

Organización de las Naciones Unidas (1969) Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. R.O: 134 de 28 de julio de 2003.

Organización de las Naciones Unidas (1945) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. R.O: 461 de 18 de diciembre de 1945. Recuperado de <http://www.icj-cij.org/en/statute>

Sexta Conferencia Internacional Americana (20 de febrero de 1928) A-28: Conferencia sobre Tratados. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-28.html>

Sociedad de Naciones (1919) Pacto de la Sociedad de Naciones. Recuperado de [http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-7/Pacto\\_de\\_la\\_Sociedad\\_de\\_Naciones.pdf](http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-7/Pacto_de_la_Sociedad_de_Naciones.pdf)

Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital (21 de marzo de 1996)

#### Sentencias Ecuatorianas

Corte Constitucional (2016) 002-16-DTI-CC

#### Sentencias Tribunales Internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 de noviembre de 2007) Boyce y otros vs. Barbados. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_169\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de febrero de 2001) Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=263&lang=e](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=263&lang=e)

Corte Internacional de Justicia (19 de diciembre de 1978) Plataforma Continental del Mar Egeo (Grecia v. Turquía), Reportes de 1978, p. 3-46. Recuperado de <http://www.icj-cij.org/files/case-related/62/062-19781219-JUD-01-00-EN.pdf>

Corte Internacional de Justicia (2 de febrero de 1973) Jurisdicción en Materia de Pesquerías (Reino Unido v. Islandia), Reportes de 1973, p. 3-24. Recuperado de <http://www.icj-cij.org/files/case-related/55/055-19730202-JUD-01-00-EN.pdf>

Corte Internacional de Justicia (25 de septiembre de 1997) Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros ( Hungría v. Eslovaquia), Reportes de 1997, p.7-81. Recuperado de <http://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (16 de junio de 1998) Asunto C-162/96. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0162&from=ES>

### Planes Nacionales de Desarrollo

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo-SENPLADES (2007) Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010. Recuperado de <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/Plan-Nacional-Desarrollo-2007-2010.pdf>

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo-SENPLADES (2009) Plan Nacional del Buen Vivir: *Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural*. Recuperado de [http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan\\_Nacional\\_para\\_el\\_Buen\\_Vivir.pdf](http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan_Nacional_para_el_Buen_Vivir.pdf)

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo-SENPLADES (2013) Plan Nacional del Buen Vivir. Recuperado de <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional>

### Informes de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales

Informe de Comisión sobre el pedido de aprobación de la denuncia del “Acuerdo entre el gobierno del Reino de Suecia y el gobierno de la República del Ecuador para la promoción y protección recíproca de inversiones” (14 de febrero de 2011)

Informe de Comisión sobre el “Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones” (18 de octubre de 2010)

Informe de Comisión sobre el pedido de aprobación de la denuncia del “Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Francesa para la promoción y protección recíproca de inversiones” (14 de febrero de 2011)

Informe de Comisión sobre el pedido de aprobación de la denuncia del “Convenio entre el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la

República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones” (9 de agosto de 2010)

Informe del “Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital” (9 de agosto de 2010)

#### Dictámenes de la Corte Constitucional

Corte Constitucional (24 de junio de 2010) Dictamen 020-10-DTI-CC, Caso 0008-10-TI

Corte Constitucional (24 de junio de 2010) Dictamen 023-10-DTI-CC, Caso 0006-10-TI

Corte Constitucional (29 de julio de 2010) Dictamen 026-10-DTI-CC, Caso 0001-10-TI

Corte Constitucional (16 de septiembre de 2010) Dictamen 029-10-DTI-CC, Caso 0002-10-TI

Corte Constitucional (16 de septiembre de 2010) Dictamen 031-10-DTI-CC, Caso 0007-10-TI

Corte Constitucional (15 de febrero de 2011) Dictamen 001-11-DRC-CC, Caso 0001-11-RC

Corte Constitucional (2 de marzo de 2016) Dictamen 002-16-DTI-CC, Expediente 0005-15-TI

#### Oficios Presidenciales

Presidencia de la República (6 de enero de 2010) Oficio No. T.4766-SNJ-10-21

#### Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional (8 de junio de 2012) Sentencia T-428/12

#### Presupuestos Generales del Estado

Asamblea Nacional (2010) *La inversión social en el presupuesto general del Estado 2010*

Banco Central del Ecuador (2003) Informe del Directorio del BCE: Proforma Gobierno Central 2004 y Límite de Endeudamiento

Banco Central del Ecuador (2005) Informe del Directorio del BCE: Proforma Gobierno Central 2006 y Límite de Endeudamiento

Banco Central del Ecuador (2007) Informe del Directorio del BCE: Proforma Gobierno Central 2007 y Límite de Endeudamiento

Ministerio de Finanzas (2015) Proforma del Presupuesto General del Estado 2015

Ministerio de Finanzas (2016) Resumen Ejecutivo Justificativo Proforma Presupuesto General del Estado 2016

Cuadro Constituciones Estados

México	<a href="https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos">https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos</a>
Paraguay	<a href="https://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm">https://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm</a> <a href="http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/paraguay_constituciones/">http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/paraguay_constituciones/</a>
Perú	<a href="https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf">https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf</a> <a href="http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones-peru.htm">http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones-peru.htm</a>
Uruguay	<a href="https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion">https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion</a>
Venezuela	<a href="https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html">https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html</a>
Argentina	<a href="https://www.casarsada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional">https://www.casarsada.gob.ar/nuestro-pais/constitucion-nacional</a>
Bolivia	<a href="https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf">https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf</a>
Chile	<a href="https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html">https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/index.html</a>
Colombia	<a href="http://bogota.gov.co/ciudad/historia/Constituciones-colombianas">http://bogota.gov.co/ciudad/historia/Constituciones-colombianas</a>
Costa Rica	<a href="https://www.ucr.ac.cr/medios/documentos/2015/constitucion_politica.pdf">https://www.ucr.ac.cr/medios/documentos/2015/constitucion_politica.pdf</a>
Cuba	<a href="http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm">http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm</a>
España	<a href="http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf">http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf</a>
Francia	<a href="https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf">https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf</a>
Alemania	<a href="https://www.bundestag.de/grundgesetz">https://www.bundestag.de/grundgesetz</a>
Rusia	<a href="https://www.departments.bucknell.edu/russian/const/77cons01.html#preamble">https://www.departments.bucknell.edu/russian/const/77cons01.html#preamble</a> <a href="https://colombia.mid.ru/-/la-constitucion-de-la-federacion-de-rusia">https://colombia.mid.ru/-/la-constitucion-de-la-federacion-de-rusia</a>
Italia	<a href="http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf">http://www.prefettura.it/FILES/AllegatiPag/1187/Costituzione_ESP.pdf</a>
Ecuador	<a href="https://www.cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/">https://www.cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/</a>

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR


### DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, SAMUEL IGNACIO RIVADENEIRA GALLEGOS C.C. 1724164874, autor del trabajo de graduación intitulado: “EL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO COMO CAMBIO FUNDAMENTAL DE CIRCUNSTANCIAS PARA LA TERMINACIÓN DE TRATADOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO ENTRE 2008 Y 2014”, previa a la obtención del título profesional de ABOGADO en la Facultad de JURISPRUDENCIA:


1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 26 de septiembre de 2018

  
Samuel Ignacio Rivadeneira Gallegos  
C.C. 172416487-4

**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,  
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE CIUDADANÍA No. **172416487-4**

APELLIDOS Y NOMBRES  
**RIVADENEIRA GALLEGOS SAMUEL IGNACIO**



LUGAR DE NACIMIENTO  
**PICHINCHA QUITO SANTA PRISCA**

FECHA DE NACIMIENTO **1994-12-07**

NACIONALIDAD **ECUATORIANA**

SEXO **M**

ESTADO CIVIL **SOLTERO**

INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE** V2343V2222

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE  
**RIVADENEIRA TORRES GABRIEL PATRICIO**

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE  
**GALLEGOS VALDIVIEZO GRYSKA VALERIA**

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN  
**QUITO 2013-07-09**

FECHA DE EXPIRACIÓN  
**2023-07-09**





DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO




**CERTIFICADO DE VOTACIÓN**  
4 DE FEBRERO 2018




019 JUNTA No. 019 - 374 NUMERO 1724164874 CEDULA

**RIVADENEIRA GALLEGOS SAMUEL IGNACIO**  
APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA PROVINCIA CIRCUNSCRIPCIÓN:  
QUITO CANTÓN ZONA: 2  
BELISARIO QUEVEDO PARROQUIA





**REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018**



CIUDADANA (O)

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL REFERÉNDUM Y CONSULTA POPULAR 2018

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS



F. PRESIDENTA/E DE LA JRV IMP. IGM. MJ