

Tensión entre la soberanía y la protección de inversiones: ¿Una reforma constitucional implícita a Montecristi?

The tension between sovereignty and investment protection:
An implicit constitutional amendment to the Montecristi
Constitution?

Martín Alejandro Urbano Esparza

Investigador independiente

 0000-0001-6351-711X

Camila Samantha Torres

Investigadora independiente

 0009-0004-0027-5511

Resumen

El 30 de marzo de 2026, la Corte Constitucional de Ecuador emitió el Dictamen 19-25-TI/26A, en donde se declara la constitucionalidad parcial del “Acuerdo entre el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos y el Gobierno de la República del Ecuador para la promoción y protección recíproca de las inversiones”. Este pronunciamiento constituye un hito jurisprudencial al introducir, por primera vez de manera expresa, la distinción entre reclamaciones de tratado (*treaty claims*) y reclamaciones contractuales (*contract claims*) como criterio determinante para la interpretación del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador. La Corte concluyó que el arbitraje inversionista-Estado no implica cesión de jurisdicción soberana cuando se circunscribe estrictamente a violaciones de obligaciones convencionales de



Envío: 05/05/2026 | Aceptación: 26/05/2026 | Publicación: 30/06/2026



85-108



Forma sugerida de citar: Urbano, M., y Torres, C. (2026). Tensión entre la soberanía y la protección de inversiones: ¿Una reforma constitucional implícita a Montecristi? *Revista Facultad de Jurisprudencia*, 2026(19), pp. 85–108. <https://doi.org/10.26807/rfj.v1n19.568>

Derechos de autor: © 2026, el autor.

derecho internacional público, apartándose del precedente del Dictamen 2-23-TI/23. El presente artículo analiza críticamente el razonamiento de la mayoría, la evolución jurisprudencial de la Corte y los argumentos de los votos salvados, concluye que, si bien la distinción adoptada es doctrinalmente sólida, persisten zonas grises entre reclamaciones contractuales y convencionales que podrían comprometer la eficacia de la prohibición constitucional. El estudio propone, además, criterios interpretativos complementarios que la Corte Constitucional debería desarrollar en pronunciamientos futuros para dotar de mayor certeza al nuevo modelo constitucional de solución de diferencias Estado-inversor.

Palabras clave: arbitraje de inversiones, artículo 422 CRE, *treaty claims*, soberanía, Corte Constitucional del Ecuador, TBI, CIADI, derecho internacional de las inversiones.

Abstract

On March 30, 2026, the Constitutional Court of Ecuador issued Opinion 19-25-TI/26A, declaring the conditional constitutionality of the Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between Ecuador and the United Arab Emirates. This ruling marks a jurisprudential milestone by expressly introducing, for the first time, the distinction between treaty claims and contract claims as the determining criterion for interpreting Article 422 of the Constitution. The Court concluded that investor-State arbitration does not imply a cession of sovereign jurisdiction when strictly limited to violations of conventional obligations under public international law, thereby departing from the precedent of Opinion 2-23-TI/23. This article critically analyses the majority's reasoning, the Court's jurisprudential evolution, and the dissenting opinions, concluding that, while the adopted distinction is doctrinally sound, overlapping zones between contractual and treaty claims persist and could undermine the effectiveness of the constitutional prohibition. The study also proposes complementary interpretive criteria that the Constitutional Court should develop in future rulings to provide greater certainty for the new constitutional model of investor-State dispute settlement.

Keywords: investment arbitration, Article 422 CRE, treaty claims, sovereignty, Constitutional Court of Ecuador, BIT, ICSID, international investment law.

I. Introducción

El derecho internacional de las inversiones atraviesa una tensión estructural entre dos aspectos igualmente legítimos: la necesidad de los Estados de atraer capital extranjero mediante garantías jurídicas sólidas y la de preservar la autonomía regulatoria y jurisdiccional frente a intereses privados transnacionales. Esta tensión, que la doctrina ha descrito como la dialéctica entre la protección del inversionista y el espacio regulatorio del Estado receptor (Dolzer y Kriebaum, 2022), se ha manifestado de manera particularmente intensa en América Latina, región que concentra el mayor número de reclamaciones ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y que, al mismo tiempo, ha protagonizado los procesos de denuncia de tratados bilaterales de inversión (TBI) más significativos de la historia reciente del sistema internacional (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], 2023).

En el caso ecuatoriano, esta tensión adquiere aspectos particulares a partir de la Constitución de 2008, cuyo artículo 422 incorporó una prohibición expresa de ceder jurisdicción soberana a instancias arbitrales internacionales en controversias contractuales o comerciales con particulares, esto configuró uno de los marcos constitucionales más restrictivos del mundo en materia de solución de diferencias Estado-inversor.

Esta disposición nace de una experiencia histórica traumática: la condena a Ecuador en el caso *Occidental Petroleum c. República del Ecuador* (CIADI, ARB/06/11, 2012) por más de 1.000 millones de dólares —el laudo más cuantioso en la historia del CIADI hasta ese momento— había puesto en evidencia los riesgos sistémicos de un régimen de ISDS amplio y sin contrapesos constitucionales. La solución planteada por la Constituyente de 2008 fue prohibir el sometimiento del Estado ecuatoriano a tribunales arbitrales internacionales en controversias de naturaleza contractual.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico en materia constitucional no permanece inmutable frente a la evolución de las relaciones económicas internacionales. La Constitución de Montecristi, como texto relativamente reciente, ha sido objeto de interpretaciones progresivas que han reconfigurado el alcance de sus disposiciones. Ecuador de 2025, bajo la presidencia de Daniel Noboa Azín, emprendió una política activa de atracción de inversión extranjera directa que requería instrumentos jurídicos internacionales dotados de mecanismos de protección efectiva.

La suscripción, el 6 de diciembre de 2025, del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con los Emiratos Árabes Unidos, un Estado cuyo fondo soberano de inversión (ADIA) administra activos por valor

superior a 800.000 millones de dólares (SWFI, 2024), puso sobre la mesa, inevitablemente, la pregunta de qué mecanismo de protección resultaba constitucionalmente admisible para garantizar la seguridad jurídica del inversionista emiratí frente a eventuales actuaciones del Estado ecuatoriano.

El 30 de marzo de 2026, el Pleno de la Corte Constitucional de Ecuador emitió el Dictamen 19-25-TI/26A, aprobado con siete votos a favor y dos votos salvados, pronunciándose sobre la constitucionalidad del citado Acuerdo (en adelante, “el Acuerdo” o “el TBI”). La ponencia estuvo a cargo de la jueza constitucional Claudia Salgado Levy; los votos salvados fueron suscritos por la jueza Alejandra Cárdenas Reyes y el juez Alí Lozada Prado (Corte Constitucional del Ecuador [CCE], Dictamen 19-25-TI/26A, 2026).

La relevancia académica y práctica de este Dictamen es multidimensional. En primer lugar, supone un alejamiento expreso del precedente sentado apenas tres años antes por el Dictamen 2-23-TI/23, en el que la Corte había concluido que el arbitraje inversionista-Estado era *per se* incompatible con el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador. Este giro es relevante, teniendo en cuenta que dicho Dictamen había asumido una interpretación más rígida de la Constitución, entendiendo al arbitraje internacional como un conflicto en cuanto a controversias entre el Estado e inversionistas privados.

En segundo lugar, el fallo introduce en el ordenamiento constitucional ecuatoriano la distinción, de amplia raigambre en el derecho internacional de las inversiones, entre reclamaciones de tratado (*treaty claims*) y reclamaciones contractuales (*contract claims*), al dotar de nuevos contornos a la prohibición constitucional. En tercer lugar, la decisión condiciona la constitucionalidad del Acuerdo a la incorporación de una exclusión expresa en el artículo 20 del TBI, esto inaugura una modalidad de control constitucional condicionado con efectos directos sobre la negociación diplomática internacional.

1.1. Metodología y estructura del artículo

La tesis central de este artículo sostiene que la Corte Constitucional, mediante el Dictamen 19-25-TI/26A, construyó una solución de equilibrio entre la atracción de inversiones extranjeras y la salvaguarda de la soberanía jurisdiccional que, si bien resulta doctrinalmente consistente con el derecho internacional de las inversiones, adolece de imprecisiones interpretativas que podrían erosionar en la práctica la eficacia del mandato constitucional.

La distinción *treaty claims/contract claims* es necesaria pero no suficiente para resolver el problema constitucional planteado por el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, dado que la frontera entre ambas categorías es porosa y los propios votos salvados advierten sobre zonas de solapamiento que el Dictamen no aborda de manera satisfactoria.

El presente trabajo adopta una metodología predominantemente dogmático-jurídica, con recurso al método comparativo para contrastar el Dictamen con precedentes del CIADI y con la doctrina especializada, y al método histórico para reconstruir la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional. El objeto de estudio es el Dictamen 19-25-TI/26A, seleccionado por constituir el pronunciamiento más reciente de la Corte Constitucional sobre la materia y por introducir una innovación hermenéutica de primer orden en la interpretación del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador. Los precedentes comparados empleados son fallos del CIADI y los Dictámenes previos de la propia Corte Constitucional, seleccionados en razón de su pertinencia temática y su relevancia para la evolución jurisprudencial analizada. El análisis constitucional adoptado es de tipo hermenéutico-sistémico, conforme al canon interpretativo del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC); la tesis de la “reforma constitucional implícita” se sustenta en la teoría del cambio constitucional informal, cuya aplicación al caso se justifica en la sección VIII.

El artículo se estructura en siete secciones sustantivas: tras esta introducción, se analiza el control formal; el control material; el núcleo del debate constitucional en torno al artículo 422; la evolución jurisprudencial; los votos salvados; la declaratoria condicionada y sus implicaciones; y finalmente las conclusiones, que incorporan una propuesta de criterios interpretativos complementarios.

II. Marco de control formal y competencia

2.1. Atribuciones presidenciales y suscripción del Acuerdo

El control constitucional de tratados internacionales en Ecuador opera en dos planos concurrentes: el formal y el material. En el plano formal, la Corte verifica que el proceso de suscripción del tratado se haya ajustado al marco constitucional establecido para tales efectos. El artículo 147 numeral 10 CRE atribuye al Presidente de la República la facultad de “definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales”.

El artículo 419 CRE determina los supuestos en que los instrumentos internacionales requieren aprobación previa de la Asamblea Nacional, entre los que se encuentra, según el numeral 7, aquellos que “atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”.

En el caso in examine, el proceso formal se desarrolló de manera cabal. El 5 de diciembre de 2025, el Ministerio de Producción, Comercio Exterior e

Inversiones emitió el informe técnico previo a la suscripción, conforme lo exige el marco regulatorio interno de gestión de acuerdos internacionales. El 6 de diciembre de 2025, el Acuerdo fue suscrito en Abu Dabi, en el marco de la visita oficial del Presidente Noboa Azín a los Emiratos Árabes Unidos.

El 31 de diciembre de 2025, el Presidente de la República remitió el instrumento a la Corte Constitucional, solicitó el inicio del proceso de control constitucional y la determinación de si se requería aprobación legislativa (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 4). La Corte verificó el cumplimiento íntegro de los requisitos formales, concluyendo sin objeción que “el Acuerdo cumple con los requisitos formales” establecidos en los artículos 147 y 418 CRE (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 5).

Desde una perspectiva de derecho comparado, resulta pertinente señalar que el modelo ecuatoriano de control previo de constitucionalidad de tratados internacionales es singular en el contexto regional. A diferencia de Chile, donde el control constitucional de tratados opera *a posteriori* y únicamente en caso de inaplicabilidad (artículo 93 CPR), o de Colombia, donde el examen automático previo se realiza sobre todos los tratados (artículo 241 numeral 10 CP), Ecuador combina el control automático y previo con un mandato específico de determinación de si se requiere aprobación legislativa, lo que dota al proceso de una complejidad institucional inusual. Esta arquitectura constitucional implica que la Corte actúa, en cierta medida, como un actor de la política exterior del Estado, pues sus pronunciamientos condicionan la viabilidad misma de los compromisos internacionales asumidos por el Ejecutivo.

2.2. El control automático de constitucionalidad y la participación ciudadana

El artículo 438 numeral 1 CRE establece que la Corte Constitucional emitirá “Dictamen previo y vinculante de constitucionalidad”. Además, los artículos 110 y 111 de la LOGJCC establecen el régimen de control previo y vinculante de constitucionalidad de tratados. La Corte emite dictamen antes de la ratificación legislativa, con publicación del instrumento y periodo de participación ciudadana. Lo analíticamente relevante no es la descripción de este procedimiento, que el presente artículo da por conocido, sino el modo en que la Corte utilizó ese marco procedimental para construir una herramienta de control material condicionado, cuyo alcance se examina en las secciones IV y VII.

El artículo 110 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) precisa que este control es automático y previo al proceso de aprobación legislativa. El artículo 111 LOGJCC regula el procedimiento: el Presidente remite copia auténtica del tratado; se designa ponente por sorteo electrónico; se ordena la publicación en el Registro Oficial y en el portal de la Corte para que cualquier ciudadano intervenga dentro de

diez días; y la Corte resuelve dentro de los treinta días siguientes a la finalización del período de participación.

Un elemento procedimental notable en este caso fue la emisión del Dictamen 19-25-TI/26 de primer momento el 5 de marzo de 2026, en el que la Corte determinó *prima facie* que el Acuerdo incurre en el supuesto del artículo 419 numeral 7 CRE y ordenó su publicación. Publicado el Acuerdo en la Edición Constitucional 179 del Registro Oficial el 11 de marzo de 2026, se presentaron numerosos escritos ciudadanos entre el 19 y el 30 de marzo de 2026. Varios de estos escritos, según se refleja en el Dictamen, provenían de organizaciones de la sociedad civil, académicos del derecho internacional y representantes del sector empresarial, lo que evidencia el interés público suscitado por el Acuerdo. El Dictamen de segundo momento fue emitido el 30 de marzo de 2026, dentro del plazo legal, con lo que se cumplió íntegramente el procedimiento previsto en la LOGJCC (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, pp. 1-2).

Cabe destacar que la *fe de erratas* suscrita el 5 de febrero de 2026, que introdujo correcciones de forma (*lapsus calami*) sin alterar el contenido sustantivo del Acuerdo, fue incorporada al procedimiento sin generar objeción constitucional. Su artículo 3 precisó que dichas correcciones tenían carácter retroactivo al momento de la suscripción y se limitaban a reflejar la intención común de las Partes, sin constituir reforma, enmienda ni adenda al Acuerdo (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, pp. 4-5).

Este tratamiento es consistente con el principio de interpretación del artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), que prevé mecanismos para corregir errores materiales sin comprometer la validez del instrumento internacional.

III. Análisis del contenido sustantivo (control material)

3.1. Los estándares clásicos de protección de la inversión

El control material del Acuerdo arrojó un resultado en gran medida favorable a su constitucionalidad, con una única excepción condicionada, el artículo 20. Esta asimetría, compatibilidad casi total salvo en el núcleo conflictivo del mecanismo de ISDS, no es casual, refleja que el diseño del TBI Ecuador-EAU incorporó deliberadamente los estándares que la práctica arbitral y la doctrina del CIADI han identificado como constitucionalmente problemáticos, concentrado el riesgo de incompatibilidad precisamente en el mecanismo de solución de diferencias. La tesis que se sostiene en esta sección es que la Corte, al declarar la compatibilidad de los estándares sustantivos, reconoció implícitamente la legitimidad del nuevo modelo de protección de inversiones; y que

la condición impuesta al artículo 20 no corrige una falla del Acuerdo sino que delimita el ámbito de una prohibición constitucional cuyo alcance exacto el propio constituyente de 2008 no precisó.

El artículo 5 del Acuerdo establece el estándar mínimo de trato (SMT), integrado por el trato justo y equitativo (TJE) y la protección y seguridad plenas. Conforme a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, 2012a), el SMT constituye “un conjunto de normas de derecho internacional consuetudinario que regulan el trato de los extranjeros”; su violación compromete la responsabilidad internacional del Estado (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 21).

La formulación adoptada en el Acuerdo delimita restrictivamente el TJE: su incumplimiento se configura únicamente ante supuestos tasados como denegación de justicia, conducta manifiestamente arbitraria, hostigamiento o mala fe, o discriminación por nacionalidad. Esta delimitación es consistente con la tendencia contemporánea del derecho internacional de las inversiones que ancla el TJE al nivel mínimo consuetudinario, adoptado, por ejemplo, en el artículo 1105 del TLCAN y en los modelos de TBI de Canadá y los Estados Unidos posteriores a 2004, y rechaza interpretaciones expansivas del estándar que, en la práctica del CIADI, derivaron en condenas millonarias contra Estados que simplemente modificaron su legislación regulatoria (Dolzer y Kriebaum, 2022, p. 145).

El artículo 6 consagra el trato nacional y el artículo 7 la cláusula de nación más favorecida (NMF). En relación con esta última, la Corte destacó una previsión de singular relevancia: el artículo 7 numeral 3 del Acuerdo excluye expresamente del alcance del NMF los “mecanismos de solución de controversias previstos en otros tratados internacionales”. Esta cláusula de exclusión sectorial impide que un inversionista emiratí invoque el NMF para beneficiarse de mecanismos de ISDS más favorables en otros TBI, esto cierra la vía del *treaty shopping* procedimental que ha generado controversia en la práctica arbitral internacional.

La relevancia de esta previsión se ilustra con el caso *Maffezini c. España* (CIADI, caso ARB/97/7, 2000), en el que el tribunal admitió que el inversionista podía, vía NMF, invocar cláusulas más favorables de otros tratados, esto sentó una doctrina que muchos Estados consideraron excesivamente permisiva y que derivó en una oleada de renegociaciones de TBI (UNCTAD, 2010, p. 83).

3.2. El derecho a regular y la articulación con la agenda climática

El artículo 10 del Acuerdo reconoce el derecho soberano de las Partes a regular de manera no discriminatoria para alcanzar objetivos legítimos de política pública, incluyendo seguridad, protección ambiental, social o del consumidor,

y diversidad cultural. La Corte lo armoniza con la Opinión Consultiva OC-32/25 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ([Corte IDH] 2025), que subraya la necesidad de equilibrar la potestad regulatoria estatal frente a la emergencia climática con la seguridad jurídica que los acuerdos internacionales de inversión buscan garantizar como incentivos esenciales para la inversión (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 12).

Este vínculo entre el derecho de las inversiones y las obligaciones ambientales representa una de las contribuciones más novedosas del Dictamen al constitucionalismo económico ecuatoriano. La integración de la OC-32/25 como parámetro interpretativo del control de constitucionalidad de un TBI es inédita en la práctica de la Corte y abre una línea de razonamiento que podría proyectarse hacia futuros instrumentos de inversión, especialmente en sectores sensibles como la minería, los hidrocarburos y la energía.

En particular, resulta pertinente señalar que Ecuador, como Estado megadiverso y con extensas reservas de recursos naturales en territorios con alta vulnerabilidad ambiental, enfrenta una tensión especialmente aguda entre los compromisos de protección a la inversión en sectores extractivos y sus obligaciones constitucionales respecto a los derechos de la naturaleza (artículo 71 CRE) y los derechos de las comunidades indígenas (artículo 57 CRE).

La doctrina especializada ha señalado que el “derecho a regular” es una conquista relativamente reciente de los modelos de TBI de segunda y tercera generación: los TBI de primera generación, negociados en las décadas de 1970 y 1980, no contenían esta cláusula, lo que creó tensiones interpretativas severas cuando los Estados implementaron medidas regulatorias en materia ambiental o de salud pública y los inversionistas las cuestionaron como equivalentes a expropiaciones indirectas (UNCTAD, 2015, p. 44). La inclusión expresa del derecho a regular en el TBI Ecuador-EAU es, por tanto, un elemento de diseño normativo deliberado que refleja la conciencia de los negociadores sobre la experiencia acumulada del arbitraje internacional de inversiones.

3.3. Expropiación y conformidad con el artículo 323 CRE

El artículo 14 del Acuerdo regula la expropiación directa e indirecta, exige los cuatro requisitos consolidados en el derecho internacional: utilidad pública, no discriminación, debido proceso y compensación adecuada, pronta y efectiva. La Corte lo declaró compatible con el artículo 323 CRE, que reconoce la facultad del Estado ecuatoriano de expropiar por causa de utilidad pública o interés social, y con el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte IDH en el *Caso Salvador Chiriboga c. Ecuador* (Corte IDH, 2008) y en los fallos de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos *Barcelona Traction* (CIJ, 1970) y *Certain Iranian Assets* (CIJ, 2023) (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 13).

En materia de definición de inversión, el artículo 1 del Acuerdo recoge los criterios clásicos derivados de la jurisprudencia del CIADI: aportación de capital, expectativa de ganancia y asunción de riesgo, con referencia a los elementos identificados en *Salini Costruttori c. Marruecos* (CIADI, caso ARB/00/4, 2001) y precedidos por *Fedax c. Venezuela* (CIADI, caso ARB/96/3, 1998). La Corte verificó que estos elementos “permiten distinguir una inversión de una mera transacción comercial”, sin vulneración constitucional (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 7). Conviene señalar que la jurisprudencia del CIADI ha debatido extensamente si el llamado “test de Salini” es una condición necesaria de la definición de inversión o simplemente un conjunto de criterios indicativos, debate que tiene implicaciones para la admisibilidad de reclamaciones en casos futuros bajo el TBI Ecuador-EAU (Schill, 2022, p. 117).

IV. El eje del debate: el artículo 422 CRE y la solución de controversias

4.1. La prohibición constitucional y sus cuatro elementos

El análisis constitucional del mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 20 del Acuerdo constituyó el núcleo deliberativo del Dictamen. Al respecto, el artículo 422 inciso primero CRE establece que “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas” (CRE, 2008, art. 422).

La Corte identificó cuatro elementos concurrentes para que se configure la prohibición: (i) la celebración de un tratado o instrumento internacional; (ii) el sometimiento a arbitraje internacional con cesión de jurisdicción soberana; (iii) controversias de naturaleza contractual o de índole comercial; y (iv) controversias entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 20). Verificados sin dificultad los elementos (i) y (iv), el análisis se concentró en la concurrencia de los elementos (ii) y (iii), respecto de los cuales la Corte formuló su principal innovación hermenéutica.

De esta disposición se desprende que la prohibición no recae sobre todo mecanismo arbitral internacional, sino específicamente sobre aquellos casos en los que el Estado ceda jurisdicción soberana en controversias contractuales o de índole comercial con particulares.

Desde la perspectiva de la teoría constitucional, la metodología analítica empleada por la Corte, descomposición del supuesto normativo en elementos y verificación gradual de cada uno, es metodológicamente correcta y consistente

con el principio de que la restricción de facultades del Estado en el plano internacional debe interpretarse de manera estricta. La Corte optó, implícitamente, por el canon interpretativo del artículo 3 de la LOGJCC, que privilegia la interpretación sistemática y teleológica sobre la meramente literal, lo que le permitió trascender el tenor aparentemente absoluto del artículo 422 CRE para explorar sus límites conceptuales.

4.2. La distinción *treaty claims* / *contract claims* como clave analítica

El núcleo argumentativo del Dictamen 19-25-TI/26A descansa sobre la distinción entre reclamaciones de tratado (*treaty claims*) y reclamaciones contractuales (*contract claims*), desarrollada en el derecho internacional de las inversiones a partir del laudo de anulación en el caso *Vivendi c. Argentina* (CIADI, caso ARB/97/3, 2002). En dicho precedente, el Comité de Anulación estableció que “un Estado puede violar un tratado sin violar un contrato y viceversa” (CIADI, caso ARB/97/3, 2002, p. 5), dado que son cuestiones distintas si se ha incumplido un TBI y si se ha incumplido el contrato, y que cada reclamación debe determinarse conforme a su propio derecho aplicable (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 14).

Esta separación resulta decisiva, ya que un mismo conjunto de hechos puede generar una controversia contractual en el plano interno y, al mismo tiempo, una reclamación por violación al tratado internacional. Sin embargo, sólo esta última queda dentro de la competencia arbitral reconocida en el Acuerdo.

Schreuer (2005) explica que esta distinción “depende de la fuente jurídica de la obligación presuntamente vulnerada y no de los hechos que originan la controversia”. Las *treaty claims* se fundamentan en la infracción de obligaciones internacionales asumidas por el Estado en el tratado y comprometen su responsabilidad internacional; las *contract claims*, en cambio, derivan del incumplimiento de obligaciones establecidas en un contrato específico entre el Estado y el inversionista, cuyo régimen aplicable suele ser el derecho interno. Crucialmente, “no todo incumplimiento contractual constituye, por sí mismo, una violación del tratado” (Schill, 2022, p. 325).

Aplicando esta distinción al artículo 20 del Acuerdo, la Corte determinó que las obligaciones reclamables ante el tribunal arbitral son, de manera taxativa, aquellas previstas en los artículos 5 (SMT), 6 (trato nacional), 7 (NMF) y 14 (expropiación). Estas disposiciones “consagran estándares de protección de la inversión de naturaleza convencional e internacional pública”, por lo que los inversionistas cubiertos invocan “la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de estos compromisos internacionales” (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 21). Desde esta perspectiva, el tribunal arbitral “no ejerce jurisdicción estatal ni sustituye el ejercicio de la jurisdicción soberana del Estado”, pues su competencia deriva exclusivamente del “consentimiento

expresado por las partes en el tratado y se limita a la determinación de la eventual responsabilidad internacional del Estado” (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 22).

El fundamento último de este razonamiento remite al principio fundacional de responsabilidad internacional del Estado establecido en el caso de la Fábrica de Chorzów (CPJI, 1928) y sistematizado en los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (2001). En este marco, el Estado no comparece ante el tribunal arbitral como un sujeto subordinado, sino en pleno ejercicio de su soberanía, conservando todas sus facultades de defensa y pudiendo invocar las salvaguardas previstas en el propio tratado. Esta lectura es congruente con la naturaleza del arbitraje de inversiones como mecanismo de adjudicación de responsabilidad internacional pública —distinta de la jurisdicción interna— y permite conciliar la participación del Estado en el ISDS con el principio constitucional de soberanía.

Desde el punto de vista del derecho procesal internacional, la distinción *treaty/contract claims* también tiene implicaciones sobre la determinación de la ley aplicable. En los procesos bajo el TBI Ecuador-EAU, el tribunal arbitral aplicará primariamente el derecho internacional público, el propio tratado y el derecho internacional consuetudinario, para determinar si el Estado ha incurrido en una violación de sus obligaciones convencionales. El derecho ecuatoriano actuará, en todo caso, como “un hecho” relevante para contextualizar la conducta del Estado, pero no como el parámetro jurídico de la decisión. Esta bifurcación entre la ley aplicable al fondo de la controversia internacional y la ley aplicable a las relaciones contractuales subyacentes es precisamente lo que le permite a la Corte concluir que el tribunal arbitral no ejerce jurisdicción soberana sobre disputas contractuales internas.

A pesar de su utilidad analítica, la distinción entre *treaty claims* y *contract claims* no elimina las zonas grises que entre ellos existen debido a que ciertos incumplimientos contractuales pueden ser formulados como violaciones de expropiación indirecta, trato justo y equitativo o denegación de justicia.

4.3. La ausencia de cláusula paraguas y su significado estructural

Un elemento que distingue estructuralmente el TBI con los Emiratos Árabes Unidos respecto de instrumentos de generación anterior —como el TBI denunciado con los Estados Unidos de 1993— es la ausencia de cláusula paraguas (*umbrella clause*). Mediante esta cláusula, los Estados se comprometen a respetar “cualquier obligación asumida respecto de inversiones específicas”, con el efecto de internacionalizar obligaciones contractuales del Estado e incorporarlas al ámbito de las *treaty claims* (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 24). La relevancia de esta ausencia radica en que evita la internacionalización

automática de obligaciones contractuales, de modo que el inversionista no puede transformar todo incumplimiento contractual en una reclamación de tratado internacional.

El análisis comparado de la jurisprudencia del CIADI ilustra la controversia en torno a las cláusulas paraguas: el caso *SGS c. Pakistán* (CIADI, caso ARB/01/13, 2003) adoptó una lectura restrictiva según la cual la cláusula no basta para transformar un incumplimiento contractual en una violación del tratado; *SGS c. Filipinas* (CIADI, caso ARB/02/6, 2004) sostuvo, en cambio, que la cláusula eleva efectivamente las obligaciones contractuales al plano internacional. El caso *TSA Spectrum c. Argentina* (CIADI, caso ARB/05/5, 2008) precisó que cuando una inversión plantea tanto cuestiones de tratado como contractuales, estas deben analizarse de manera separada. Esta divergencia jurisprudencial —dos tribunales del mismo CIADI que llegan a conclusiones diametralmente opuestas sobre el alcance de cláusulas similares— fue uno de los factores que motivó la reforma del sistema de arbitraje de inversiones emprendida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en los últimos años.

La ausencia de cláusula paraguas en el TBI Ecuador-EAU es, por tanto, un elemento esencial para la viabilidad constitucional del mecanismo: sin ella, las obligaciones contractuales del Estado con el inversionista no se elevan al plano convencional, cierran estructuralmente la vía para que controversias derivadas de contratos individuales sean tramitadas ante un tribunal arbitral internacional bajo el amparo del Acuerdo. Esta ausencia no es una omisión accidental sino un diseño deliberado, y constitucionalmente necesario, de los negociadores ecuatorianos, lo que sugiere una mayor sofisticación técnica en la conducción de las negociaciones de este TBI respecto de instrumentos anteriores.

4.4. El referéndum de 2024 y su proyección hermenéutica

El Dictamen 19-25-TI/26A incorpora una referencia expresa al referéndum constitucional del 21 de abril de 2024, en el que la ciudadanía fue consultada, mediante la Pregunta D, sobre la inclusión del arbitraje internacional como mecanismo para resolver controversias “en materia de inversión, contractuales o comerciales”. El “No” obtuvo el 65,17% de los votos, rechazó la propuesta de modificación del artículo 422 CRE (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 25).

Sin embargo, este resultado no cierra por sí solo el debate interpretativo, porque la pregunta sometida a referéndum también incluía controversias en materia de inversión, lo que impide leer la voluntad popular como habilitación amplia del arbitraje Estado-inversionista.

Este pronunciamiento democrático directo adquiere una relevancia hermenéutica de primer orden: al mantener inalterado el texto del artículo 422 CRE, la ciudadanía reafirmó la prohibición de ceder jurisdicción soberana para controversias contractuales y comerciales vía tratados internacionales. La Corte lo interpreta como confirmación del límite específico, no del arbitraje de inversiones en general, lectura que los votos salvados, particularmente el del juez Lozada Prado, cuestionan con fundamento, dado que la propuesta rechazada incluía también las “controversias de inversión” como categoría autónoma.

La utilización del referéndum como insumo hermenéutico para la interpretación constitucional es, en sí misma, un aporte metodológico relevante del Dictamen: la voluntad popular expresada en un pronunciamiento directo sobre el texto constitucional constituye un elemento teleológico de primer orden para determinar el alcance de la prohibición. Sin embargo, esta utilización es un arma de doble filo, pues el rechazo ciudadano alcanzó también la categoría de “controversias en materia de inversión”, categoría que podría interpretarse como comprensiva precisamente del arbitraje inversionista-Estado sobre *treaty claims*, esto debilita la lectura restrictiva de la mayoría.

V. Ruptura y evolución jurisprudencial

5.1. El apartamiento expreso del Dictamen 2-23-TI/23

El Dictamen 19-25-TI/26A se aparta de manera expresa y declarada del precedente establecido en el Dictamen 2-23-TI/23 de 28 de julio de 2023 sobre el Acuerdo de Asociación Comercial entre Ecuador y Costa Rica, en el que la Corte había concluido que el arbitraje inversionista-Estado era incompatible con el artículo 422 CRE por implicar una cesión de jurisdicción soberana en controversias contractuales (Dictamen 2-23-TI/23, 2023, p.7).

El fundamento del apartamiento es la identificación de una omisión analítica en el precedente: el Dictamen 2-23-TI/23 “no consideró la distinción, reconocida en el derecho internacional de las inversiones, entre reclamaciones contractuales y reclamaciones basadas en el tratado. Tampoco tomó en cuenta que existen tratados en los que se establece de manera expresa que las controversias de naturaleza contractual no pueden ser sometidas al mecanismo de solución de controversias” (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 19).

Esta modalidad de apartamiento, por distinción analítica y no por *overruling* explícito, es metodológicamente legítima en el constitucionalismo comparado. La doctrina del *stare decisis* en su versión continental, plasmada en Ecuador en el artículo 185 CRE, que establece el carácter vinculante de las sentencias constitucionales, no impide la evolución jurisprudencial cuando

se identifican variables analíticas no consideradas en el precedente o cuando el nuevo caso presenta diferencias materiales relevantes. En el constitucionalismo americano, esta práctica se denomina *distinguishing*: el tribunal no revoca el precedente, sino que establece que sus fundamentos no son aplicables al nuevo caso por diferencias relevantes en los hechos o en el marco normativo analizado.

Sin embargo, el apartamiento genera interrogantes sobre la predictibilidad del control de constitucionalidad de tratados en Ecuador. Si el Dictamen 2-23-TI/23 pudo ser superado tres años después sobre la base de una distinción analítica que ya era conocida en el derecho internacional de las inversiones, cabe preguntarse por qué la Corte no la aplicó en 2023. La respuesta más probable es de orden institucional: la composición del Pleno de la Corte había variado entre 2023 y 2026, con la incorporación de nuevas juezas y jueces constitucionales que aportaron perspectivas diferentes sobre el alcance del artículo 422 CRE. Esta realidad pone de manifiesto que la estabilidad interpretativa de normas constitucionales de alta sensibilidad política, como las que regulan la relación entre soberanía y compromisos internacionales, es particularmente frágil cuando el órgano de control cambia de composición.

5.2. La evolución jurisprudencial en cuatro etapas

La historia jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de acuerdos internacionales de inversión puede periodizar en cuatro momentos claramente distinguibles, que reflejan la tensión permanente entre los artículos 422 y 339 CRE, el primero restrictivo en materia de ISDS; el segundo orientado a la atracción de inversiones, así como los cambios en el contexto político y económico del país.

La primera etapa (2010-2014) corresponde a los diecisiete Dictámenes emitidos en el contexto de la denuncia masiva de TBIs impulsada por el gobierno de Rafael Correa. En esta fase, la Corte adoptó una interpretación amplia del artículo 422 CRE: diez TBI fueron declarados violatorios tanto en el mecanismo inversionista-Estado como en el Estado-Estado; cinco lo fueron únicamente en relación con el arbitraje inversionista-Estado (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 17). Esta postura maximiza la soberanía jurisdiccional a expensas de la seguridad jurídica para los inversores y fue coherente con el discurso político del gobierno de Correa que cuestionaba abiertamente el sistema internacional de arbitraje de inversiones como un mecanismo contrario a los intereses de los países en desarrollo.

La segunda etapa (2019) fue marcada por el Dictamen 34-19-TI/19 sobre el Acuerdo Ecuador-Brasil. Por unanimidad, la Corte introdujo un primer giro determinante: estableció que el arbitraje Estado-Estado no implica cesión de competencias del orden jurídico interno, por lo que no vulnera el artículo 422

CRE (CCE, Dictamen 34-19-TI/19, 2019, p. 6). Este Dictamen marcó el inicio de una jurisprudencia diferenciada por tipo de mecanismo arbitral y fue posible en parte porque el modelo brasileño de TBI, conocido como Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI), es estructuralmente diferente del modelo tradicional al no incluir arbitraje inversionista-Estado sino únicamente mecanismos de consulta interestatal.

La tercera etapa (2023) estuvo marcada por el Dictamen 2-23-TI/23 sobre el Acuerdo con Costa Rica. La Corte extendió la incompatibilidad constitucional al arbitraje inversionista-Estado, adoptó la posición más restrictiva de su historia respecto al ISDS. Este pronunciamiento generó incertidumbre sobre la viabilidad constitucional de cualquier acuerdo de inversión con mecanismo de ISDS y fue percibido por la comunidad internacional de inversiones como un obstáculo para la modernización de la red de TBI ecuatorianos (CCE, Dictamen 2-23-TI/23, 2023, p.4).

La cuarta etapa en 2026 se inaugura con el Dictamen 19-25-TI/26A, que reintroduce el arbitraje inversionista-Estado al espacio de constitucionalidad, bajo la condición de que el mecanismo quede expresamente circunscrito a *treaty claims*, excluyendo *contract claims* y controversias de índole comercial. Esta evolución no es lineal sino dialéctica: refleja las tensiones internas del constitucionalismo económico ecuatoriano y la dificultad de mantener una interpretación estable del artículo 422 CRE frente a la complejidad del derecho internacional de las inversiones.

Desde la perspectiva de la estabilidad del sistema jurídico, esta oscilación interpretativa genera incertidumbre jurídica relevante, los inversores extranjeros y sus asesores legales carecen de predictibilidad suficiente sobre si un TBI que incluya arbitraje inversionista-Estado superará el control constitucional ecuatoriano, lo que podría elevar el costo del riesgo jurídico-regulatorio asignado a Ecuador en los análisis de decisión de inversión.

VI. Análisis de los votos salvados (perspectiva crítica)

6.1. El voto salvado de la jueza Cárdenas Reyes: la fuerza del precedente

La jueza Alejandra Cárdenas Reyes centra su voto salvado en el argumento de la vinculatoriedad del precedente del Dictamen 2-23-TI/23. A su juicio, la Corte debió haber seguido “la misma línea desarrollada” en dicho pronunciamiento, en el que se examinó una cláusula “sustancialmente similar” y se concluyó su incompatibilidad con el artículo 422 CRE (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 34). En consecuencia, a su criterio, el artículo 20 debió haber sido declarado

inconstitucional, exigiéndose su supresión —no sólo su modificación— como condición para la constitucionalidad del Acuerdo.

La disidencia de la jueza Cárdenas Reyes es breve en su desarrollo argumentativo. No articula de manera sistemática por qué, a su criterio, la distinción *treaty/contract claims* resulta insuficiente para salvar la incompatibilidad constitucional, limitándose a señalar que los interrogantes planteados por el mecanismo de ISDS respecto del artículo 422 CRE “no fueron plenamente despejadas en el análisis de la sentencia” (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 34). Esta brevedad limita el alcance argumentativo de la disidencia en una decisión que sienta precedente constitucional, por lo tanto reduce su utilidad para doctrina y para futuros pronunciamientos.

6.2. El voto salvado del juez Lozada Prado: la zona de solapamiento

El voto del juez Alí Lozada Prado constituye la contribución intelectual más rigurosa del Dictamen en términos argumentativos. Su disidencia no niega la validez de la distinción *treaty/contract claims*, que reconoce como jurídicamente correcta, sino que advierte que dicha distinción “no es absoluta”; es decir, no genera “dos recipientes cuyas respectivas obligaciones nunca guarden conexiones sustantivas y procesales recíprocas” (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p.38).

En efecto, señala el juez que en la práctica del arbitraje de inversiones existen “controversias mixtas contractuales de tratado”: situaciones en que la determinación de si el Estado ha incurrido en una “conducta manifiestamente arbitraria” o en “hostigamiento, coacción ilegítima o conducta de mala fe, estándares del TJE previstos en el artículo 5 del Acuerdo, puede depender lógicamente del análisis de si se violó un contrato específico y el régimen legal aplicable al mismo (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p.38). Este “solapamiento” implica que los inversionistas podrían reconducir controversias de competencia de la justicia ecuatoriana al plano del tratado, eludiendo la prohibición del artículo 422 CRE.

El juez Lozada Prado apoya su razonamiento en la jurisprudencia del CIADI —*Vivendi c. Argentina* (CIADI, caso ARB/97/3, 2002), *SGS c. Pakistán* (CIADI, caso ARB/01/13, 2003) y *SGS c. Filipinas* (CIADI, caso ARB/02/6, 2004)— y en la doctrina de Dolzer y Schreuer, quienes han explicado que “la frontera entre ambos tipos de reclamaciones no es rígida, y que los tratados de inversión pueden proyectar obligaciones contractuales al plano internacional bajo determinadas condiciones” (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 38).

Adicionalmente, identifica tres debilidades específicas en la parte decisoria del voto de mayoría: (i) no define con precisión qué se entiende por “controversias contractuales” a los efectos del artículo 422 CRE; (ii) no aborda el alcance

autónomo de las controversias “de índole comercial”; y (iii) en la práctica, serían los propios tribunales arbitrales internacionales —y no los jueces ecuatorianos— quienes interpretarían estos conceptos, lo que podría vaciar de contenido normativo la prohibición constitucional (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p. 39).

Esta crítica es de pertinencia académica sostenida. La experiencia del arbitraje de inversiones latinoamericano posterior a la crisis argentina de 2001-2002 demuestra cómo los mismos hechos generaron calificaciones divergentes entre los distintos tribunales: mientras algunos calificaron las medidas argentinas de emergencia económica como violaciones del TJE con base en expectativas legítimas de los inversionistas respecto de un régimen contractual, otros las consideraron ejercicio legítimo del poder de policía estatal.

En ese contexto, la pregunta de si una reclamación es “contractual” o “de tratado” estuvo mediada inevitablemente por elecciones interpretativas de los árbitros sobre el derecho aplicable, la causalidad y la naturaleza de las obligaciones en cuestión. Ecuador no puede descartar que este tipo de controversia interpretativa —que la distinción del Dictamen no resuelve por sí sola— se produzca bajo el TBI Ecuador-EAU.

Desde la perspectiva de la teoría del control constitucional, el voto del juez Lozada Prado plantea también una cuestión de competencia institucional: si los tribunales arbitrales internacionales serán quienes determinen, en última instancia, los límites entre *treaty claims* y *contract claims* admisibles bajo el TBI, el control constitucional previo de la Corte resulta parcialmente ineficaz. El Dictamen opera con la ficción de que la exclusión convencional es suficiente para garantizar la observancia de la prohibición constitucional, cuando en realidad la efectividad de esa exclusión dependerá de cómo la interpretan árbitros que no están vinculados por la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

Esta es una limitación estructural del control previo de constitucionalidad de tratados que ningún Dictamen puede resolver por sí solo: la obligatoriedad de la Constitución ecuatoriana frente a tribunales internacionales es una cuestión de diseño del sistema internacional de inversiones que trasciende las competencias de la Corte Constitucional.

VII. La declaratoria condicionada y sus implicaciones

7.1. El mecanismo de la declaratoria condicionada

La parte resolutive del Dictamen 19-25-TI/26A declara la constitucionalidad del Acuerdo “siempre y cuando su artículo 20 incorpore una exclusión expresa

que establezca de manera inequívoca que el tribunal arbitral no podrá conocer controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas, en los términos del artículo 422 de la Constitución” (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p.15). La Corte solicita además a la Presidencia de la República que, una vez incorporada la exclusión expresa, remita el instrumento modificado para una nueva verificación de cumplimiento (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026).

Este dispositivo de constitucionalidad condicionada merece reflexión desde la teoría y práctica constitucional ecuatoriana. Desde la perspectiva del derecho internacional de los tratados, la modalidad de la declaratoria condicionada plantea una cuestión de derecho constitucional comparado que el Dictamen no aborda de manera expresa: ¿puede un dictamen constitucional interno condicionar el contenido de un instrumento internacional ya suscrito por las partes? La respuesta afirmativa es posible en el sistema ecuatoriano —como lo demuestra la propia existencia del control previo de constitucionalidad—, pero implica que los negociadores deberán reabrir el diálogo diplomático con la contraparte emiratí para incorporar una cláusula de exclusión expresa en el artículo 20. Esta reapertura no está exenta de riesgos: los Emiratos Árabes Unidos podrían condicionar su aceptación de la exclusión a modificaciones en otras cláusulas del Acuerdo, esto altera el equilibrio original del instrumento.

7.2. Implicaciones para la política exterior y la arquitectura de futuros TBI

El Dictamen 19-25-TI/26A establece implícitamente un modelo de TBI constitucionalmente admisible para Ecuador. Los elementos esenciales de este modelo son: (a) ausencia de cláusula paraguas que internacionalice obligaciones contractuales; (b) definición restrictiva del TJE, limitada a supuestos taxativos; (c) exclusión expresa del mecanismo arbitral inversionista-Estado respecto de controversias contractuales y comerciales; (d) cláusula de NMF que excluya expresamente la extensión a mecanismos de ISDS de terceros tratados; y (e) reconocimiento explícito del derecho a regular del Estado receptor.

Este modelo se aproxima al TBI de “tercera generación” que la UNCTAD (2015) ha denominado *reform-oriented*, caracterizado por mayor equilibrio entre la protección del inversionista y los derechos soberanos del Estado receptor. Sin embargo, su efectividad depende de que los negociadores ecuatorianos adopten posiciones claras en los procesos de negociación y de que los textos definitivos de los tratados sean suficientemente precisos para que la exclusión de reclamaciones contractuales sea operativa y no meramente declarativa.

En el plano de la política exterior, el Dictamen también tiene implicaciones sobre la competitividad de Ecuador como destino de inversión extranjera directa. El modelo constitucional resultante, un arbitraje inversionista-Estado

circunscrito a *treaty claims*, ofrece a los inversionistas extranjeros un nivel de protección más limitado que el disponible en países comparables de la región que no tienen restricciones constitucionales equivalentes. Esta limitación estructural puede ser un factor de disuasión para ciertos tipos de inversión — particularmente las de gran escala en sectores estratégicos, donde el riesgo regulatorio es elevado—, aunque también puede interpretarse como una señal de estabilidad constitucional que, paradójicamente, reduce la incertidumbre sobre las reglas del juego a largo plazo.

La Corte precisó además —en un *obiter dictum* de relevancia— que el presente control “se circunscribe exclusivamente a verificar la compatibilidad del instrumento internacional con el orden constitucional, por lo que no corresponde pronunciarse sobre la conveniencia, oportunidad o pertinencia de las cláusulas del tratado, ni sobre la decisión política de negociar, suscribir o ratificar el referido instrumento”, materias que pertenecen al ámbito de competencias del Presidente de la República en política exterior (CCE, Dictamen 19-25-TI/26A, 2026, p.32). Esta delimitación de competencias entre control constitucional y oportunidad política es correcta y necesaria para preservar la independencia judicial y el principio de separación de funciones del Estado consagrado en el artículo 168 CRE.

7.3. Criterios interpretativos complementarios propuestos

El análisis crítico realizado permite proponer cinco criterios interpretativos complementarios que la Corte Constitucional debería desarrollar en pronunciamientos futuros para fortalecer la eficacia del nuevo régimen constitucional de solución de controversias inversionista-Estado.

Primero, la Corte debería establecer una definición operativa de “controversia de índole comercial” en el contexto del artículo 422 CRE, distinguiéndola de las controversias de inversión cubiertas por el TBI. Esta definición podría basarse en los criterios desarrollados por el Comité de Derecho Mercantil Internacional de las Naciones Unidas (CNUDMI) en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, que distingue las operaciones de inversión de las transacciones puramente comerciales a partir del tipo de relación jurídica subyacente y la naturaleza del riesgo asumido.

Segundo, la Corte debería desarrollar un test de calificación de controversias mixtas que permita a los tribunales arbitrales identificar, con base en criterios objetivos, cuándo una reclamación nominalmente formulada como *treaty claim* encubre en realidad una *contract claims*¹. Este test podría basarse en los siguientes criterios: (i) la fuente primaria de la obligación presuntamente

1 Esta propuesta se la realiza, sin perjuicio de que la Corte Constitucional debe instar al legislador a formular la regulación concreta aplicable, pues no podemos olvidar que la Corte Constitucional no suple la labor del legislador.

violada —el tratado o el contrato—; (ii) si el incumplimiento habría ocurrido en ausencia del contrato; y (iii) si el remedio solicitado requiere pronunciarse sobre el contenido del contrato para ser cuantificado.

Tercero, la Corte debería pronunciarse sobre la validez de las denominadas “*cláusulas fork in the road*” que algunos TBI incluyen como mecanismo para evitar el doble litigio: el inversionista que haya sometido su controversia a los tribunales internos del Estado no puede luego iniciar arbitraje internacional sobre los mismos hechos. La inclusión de este tipo de cláusula en futuros TBI ecuatorianos podría contribuir a reforzar la eficacia de la prohibición del artículo 422 CRE.

Cuarto y último, la Corte debería establecer si la condición impuesta, la incorporación de una exclusión expresa en el artículo 20, requiere o no un nuevo proceso de control constitucional completo. La respuesta a esta pregunta procedimental tiene implicaciones significativas sobre el tiempo que tomará completar el proceso de ratificación del TBI.

VIII. Conclusiones

Del análisis realizado se desprenden cinco conclusiones principales. En primer lugar, el Dictamen 19-25-TI/26A establece que el artículo 422 CRE no prohíbe el arbitraje inversionista-Estado *per se*, sino únicamente cuando el mecanismo habilita el conocimiento de controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y particulares. Esta interpretación es doctrinalmente consistente con el derecho internacional y con la práctica del CIADI, y está sustentada en una construcción argumentativa sólida que trasciende el precedente anterior. Sin embargo, al incorporar una distinción que el texto constitucional no contempla, la Corte opera materialmente como poder reformador, altera el contenido normativo del artículo 422 CRE por la vía hermenéutica. La Corte ha demostrado, con este pronunciamiento, que el sistema constitucional ecuatoriano es capaz de evolucionar sin que ello implique una ruptura con los principios fundamentales que sustentan la prohibición del artículo 422 CRE, aunque esa evolución adopte la forma de una mutación constitucional no declarada.

En segundo lugar, la evolución jurisprudencial de la Corte, desde el rechazo total de 2010-2014, luego la aceptación del arbitraje Estado-Estado en 2019, hasta el actual modelo condicionado para el arbitraje inversionista-Estado, refleja una maduración progresiva del análisis constitucional que, vista en perspectiva, constituye también un proceso de reforma constitucional por acumulación interpretativa, aunque genera interrogantes legítimos sobre la estabilidad y predictibilidad del control de constitucionalidad de tratados internacionales en Ecuador. La ausencia de un módulo de razonamiento constitucional estable

sobre el artículo 422 CRE es una debilidad sistémica que el nuevo Dictamen no elimina por sí solo.

En tercer lugar, los votos salvados, en particular el del juez Lozada Prado, identifican una debilidad estructural en el razonamiento mayoritario: la distinción *treaty/contract claims* no es binaria. La existencia de zonas de solapamiento, documentada en la jurisprudencia del CIADI y en la doctrina especializada, implica que la exclusión condicionada puede ser insuficiente para garantizar la eficacia de la prohibición constitucional en casos concretos donde la determinación de una violación del TJE dependa del análisis de obligaciones contractuales subyacentes. Esto resulta particularmente relevante cuando se advierte que la condición habilitante que la Corte ha introducido —y que opera como reforma implícita del artículo 422 CRE— carece aún de contornos suficientemente definidos.

En cuarto lugar, la declaratoria condicionada abre una nueva etapa en la arquitectura constitucional de los TBI ecuatorianos, al establecer implícitamente un modelo normativo para futuros instrumentos. Su efectividad dependerá de la precisión del lenguaje convencional y de la voluntad política de mantener la consistencia entre los compromisos internacionales asumidos y el mandato constitucional vigente. La propuesta de criterios interpretativos complementarios formulada en este artículo busca contribuir a ese proceso de consolidación del nuevo modelo constitucional y, simultáneamente, a delimitar el alcance de la reforma que el Dictamen ha introducido por vía interpretativa.

En quinto lugar, queda pendiente una tarea fundamental que el Dictamen no completó: definir con precisión qué se entiende por “controversia de índole comercial” en el contexto del artículo 422 CRE y establecer criterios operativos para identificar y excluir las controversias mixtas contractuales-convencionales que el juez Lozada Prado identificó con pertinencia. Sin este desarrollo interpretativo complementario, la eficacia del marco constitucional del arbitraje inversionista-Estado permanecerá en una situación de incertidumbre cuyo costo asumirá, invariablemente, la certeza jurídica del sistema ecuatoriano de inversiones; además, la reforma constitucional implícita que el Dictamen comporta quedará con un contenido normativo incompleto.

Finalmente, el Dictamen 19-25-TI/26A pone de manifiesto una tensión más profunda en el constitucionalismo económico ecuatoriano contemporáneo: la tensión entre el modelo de Estado constitucional de derechos y justicia consagrado en el Preámbulo de la CRE —que busca construir “una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”— y las exigencias de integración en un sistema internacional de inversiones cuyos estándares fueron diseñados principalmente para proteger los intereses de los países exportadores de capital. La Corte Constitucional no

puede, por sí sola, resolver esta tensión estructural, su área es garantizar que los instrumentos internacionales que Ecuador suscriba sean compatibles con la arquitectura constitucional que la ciudadanía se dio a sí misma en 2008, sin que la adaptación a esas exigencias internacionales devenga, silenciosamente, en una reforma de esa arquitectura. En ese sentido limitado —y esencial—, el Dictamen 19-25-TI/26A representa un ejercicio responsable, aunque no exento de consecuencias reformadoras, de jurisdicción constitucional.

Referencias

- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, Fallo, I.C.J. Reports 1970, p. 3 (Corte Internacional de Justicia, 5 de febrero de 1970).
- Caso relativo a la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)*, Serie A, No. 17 (Corte Permanente de Justicia Internacional, 13 de septiembre de 1928).
- Caso Salvador Chiriboga c. Ecuador*, Serie C No. 179 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008).
- Certain Iranian Assets (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, Fallo sobre el Fondo (Corte Internacional de Justicia, 30 de marzo de 2023).
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (2001). *Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Naciones Unidas.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 3 de julio de 2002).
- Corte Constitucional del Ecuador. (2010, 24 de junio). *Dictamen 020-10-DTI-CC*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019, 4 de diciembre). *Dictamen 34-19-TI/19*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2023, 28 de julio). *Dictamen 2-23-TI/23*.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2026, 30 de marzo). *Dictamen 19-25-TI/26A*.
- Dolzer, R., y Kriebaum, U. (2022). *Principles of international investment law* (3.^a ed.). Oxford University Press.
- Emergencia climática y derechos humanos*, Opinión Consultiva OC-32/25 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de mayo de 2025).
- Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 25 de enero de 2000).
- Fedax N.V. c. República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 9 de enero de 1998).
- Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 5 de octubre de 2012).
- Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 23 de julio de 2001).

- Schill, S. W. (2022). *Schreuer's commentary on the ICSID convention: A commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Cambridge University Press.
- Schreuer, C. (2005). Investment treaty arbitration and jurisdiction over contract claims: The Vivendi I case considered. En T. Weiler (Ed.), *International investment law and arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral investment treaties and customary international law* (pp. 281–309). Cameron May.
- SGS *Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 29 de enero de 2004).
- SGS *Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 6 de agosto de 2003).
- Sovereign Wealth Fund Institute. (2024). *Abu Dhabi Investment Authority (ADIA)*. <https://www.swfinstitute.org/profile/598cdaa50124e9fd2d05a79b>
- UNCTAD. (2010). *Most-favoured-nation treatment: A sequel*. Naciones Unidas.
- UNCTAD. (2012a). *Fair and equitable treatment: UNCTAD series on issues in international investment agreements II*. Naciones Unidas.
- UNCTAD. (2012b). *Expropriation: UNCTAD series on issues in international investment agreements II*. Naciones Unidas.
- UNCTAD. (2015). *Investment policy framework for sustainable development*. Naciones Unidas.
- UNCTAD. (2023). *World investment report 2023: Investing in sustainable energy for all*. Naciones Unidas.