

Señor Doctor

Hernán Salgado Pesantez

Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador

En su despacho

Yo, Adoración Guamán, PhD en Derecho, profesora titular de la Universitat de Valencia y coordinadora del Grupo de Trabajo CLACSO Lex Mercatoria, Derechos Humanos y Democracia, con nacionalidad ecuatoriana y con cédula de ciudadanía 3050492960, ante usted respetuosamente comparezco y manifiesto:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución de la República en concordancia de lo determinado en los artículos 12, 39, 40 y 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, presento ante su autoridad el presente *Amicus Curiae* en la causa Causa No. 2-21-TI, Tratado Internacional, remitida por el Abg. Fabián Pozo Neira, Secretario Jurídico de la Presidencia de la República del Ecuador.

I. ANTECEDENTES DEL GT CLACSO Y NUESTRO INTERÉS EN ESTA CAUSA

El GT CLACSO Lex Mercatoria, Derechos Humanos y Democracia está conformado por 46 investigadores de 9 países de América Latina y Caribe así como España, vinculados a 26 universidades y centros de investigación. El objetivo del grupo de trabajo es el análisis del impacto de la Lex Mercatoria sobre los derechos humanos y la democracia en América Latina y el Caribe, en particular el GT estudia los tratados de comercio e inversión existentes en la región, analizando los marcos jurídicos que encuadran y desarrollan las políticas comerciales y el impacto de estos tratados, y en particular de los mecanismos de arbitraje, sobre los modelos de políticas públicas y garantías de los derechos, así como sobre los modelos de democracia representativa en el ámbito de la producción normativa en la región. Con este objetivo, el trabajo del GT se orienta, entre otras cuestiones y desde la excelencia académica y el rigor técnico, al apoyo de las instituciones jurídico-políticas para el desarrollo de marcos normativos respetuosos con los derechos humanos, proporcionando orientación jurídico-técnica sobre cuestiones como la que fundamenta esta causa. En este sentido, y como parte de este objetivo, para contribuir en la protección de los derechos humanos, siendo este compromiso el origen de esta solicitud de *Amicus Curiae*.

II. OBJETO:

En la causa Causa No. 2-21-TI, Tratado Internacional, remitida por el Abg. Fabián Pozo Neira, Secretario Jurídico de la Presidencia de la República del Ecuador, la Corte Constitucional debe proceder a emitir en el término legal de ocho días, el dictamen

correspondiente sobre si la ratificación del Convenio CIADI requiere, o no, aprobación de la Asamblea Nacional.

Este grupo de investigación considera que la ratificación de dicho Convenio, por un lado requiere la aprobación de la Asamblea Nacional ex art. 419 y, por otro, resulta constitucionalmente imposible dada la incompatibilidad entre dicho Tratado Internacional y el artículo 422 de la Constitución del Ecuador.

Por medio del presente escrito, en mi calidad de académica, experta en materia comercial y derechos humanos y coordinadora del GT CLACSO, solicito a su autoridad se sirva tenerme constituida en carácter de Amiga de la Corte, con el objeto de poner en su consideración fundamentos de hecho y de derecho, los mismos que son relevantes a fin de resolver adecuadamente la acción de interpretación antedicha.

III. ADMISIBILIDAD DEL AMICUS CURIAE

Si bien la presente interposición de *Amicus Curiae* no me convierte en parte procesal, esta permite mi pronunciamiento fundamentado sobre un problema jurídico de interés nacional. En este sentido, la admisibilidad del presente *Amicus Curiae* tiene como sustento jurídico lo determinado en el Art. 12, inciso primero de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que determina:

“Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado”.

IV. FUNDAMENTOS DEL AMICUS CURIAE:

1. La necesaria interpretación sistémica y armónica del Título VIII de la Constitución de la República del Ecuador y la aplicación al caso concreto del artículo 419 de la Constitución de la República del Ecuador.

El artículo 418 de la Constitución de la República establece que la suscripción y ratificación de Tratados Internacionales es potestad del Presidente de la República¹. Este precepto debe leerse de manera conjunta con el artículo 419 del mismo texto fundamental que se configura como un elemento fundamental de garantía democrática al imponer la autorización previa por parte de la Asamblea Nacional cuando los tratados internacional que se pretendan suscribir revistan una especial importancia por su impacto potencial en la vida política, económica o social de la República del Ecuador. En concreto, el artículo 419 dispone que:

¹ El artículo 417, señala que los Tratados deben sujetarse a lo dispuesto por la Constitución. El artículo 418 indica que a la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales y que informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Además, indica que un tratado solo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo”.

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.*
- 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.*
- 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 o supranacional.*
- 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.*

La correcta aplicación de la técnica interpretativa de las normas constitucionales implica la necesidad de realizar una interpretación sistémica del conjunto de los artículos que componen el marco constitucional de las relaciones internacionales del Ecuador, esto es, su título VIII. En este sentido, la interpretación del encaje y aplicación de los artículos 418 y 419 requiere atender de manera previa al artículo 416, que establece los principios de las relaciones internacionales del Ecuador, indicando que toda actuación en este ámbito debe responder a los intereses del pueblo ecuatoriano. Además, según su apartado 12, debe fomentar “un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados”.

Teniendo claro este mandato, es necesario advertir que el convenio del CIADI no responde al paradigma del “nuevo sistema de comercio e inversión” al que apunta el artículo 416.12, lo cual ya implica la necesidad de analizar la cuestión con una especial cautela constitucional.

Centrándonos ya en el juego de articulación entre el artículo 418 y 419 es fundamental remarcar que el artículo 149 debe entenderse como una garantía democrática que salvaguarda el equilibrio de poderes entre las funciones del Estado y no como una vía de mera excepción de una supuesta capacidad amplia del Presidente de la República en el ámbito de las relaciones internacionales.

La consideración del convenio del CIADI como un compromiso entre una organización internacional y un Estado conlleva evidentemente la aplicación del procedimiento establecido en el conjunto del Capítulo Segundo del Título Octavo de la Constitución. El particular contenido del instrumento que se pretende ratificar activa de manera clara los supuestos 4 y 5 del artículo 419. Por un lado, porque se refiere a derechos y garantías establecidos en la Constitución, y por otro porque el convenio debe entenderse dentro del

grupo de tratados internacionales que comprometen la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales deben ser aprobados por la Asamblea Nacional.

Como ha señalado el propio escrito elevado por la Presidencia de la República del Ecuador, el Convenio CIADI es un tratado internacional cuyo objetivo es la “creación de una institución destinada a facilitar el *arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros*” con miras a “promover un ambiente de confianza mutua y [...] estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo.”

Es bien sabido que todo sistema de solución de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros implica la apertura de una vía que permite a estos inversionistas la elusión del sistema judicial estatal. Así, debe recordarse que, con la suscripción del Convenio con el CIADI, se faculta al Estado (a la función ejecutiva) a someter una diferencia determinada a conciliación o arbitraje. Si se adopta esta decisión, el inversor extranjero, que no el nacional, puede hacer uso de este sistema para proteger sus derechos de propiedad o los beneficios reales o previstos de su inversión frente a una amenaza a los mismos derivada bien de la aprobación de una norma estatal – relativa, por ejemplo, a la salud, medio ambiente o derechos laborales–, bien de la ejecución de una política social que pueda aminorar los beneficios de la inversión extranjera. Las características fundamentales del mecanismo, nos permitimos recordarlas, son las siguientes: ausencia de intervención del Estado de origen del inversor, que no tiene que autorizar o apoyar la demanda contra el Estado de recepción; libre elección del inversor entre demandar al Estado por el procedimiento judicial ordinario, como debe hacer cualquier empresa nacional, o acudir directamente al tribunal de arbitraje internacional; reconocimiento de un acceso exclusivo a los inversores extranjeros, que excluye a las empresas nacionales; falta de recursos o de procedimientos de revisión de las decisiones adoptadas por los árbitros; composición ad hoc de los tribunales de arbitraje para cada caso; confidencialidad del proceso y de los resultados; extensión del impacto del mecanismo más allá del tradicional control de las expropiaciones o nacionalizaciones y su afectación, también, sobre el conjunto de decisiones o normas que puedan adoptar los poderes públicos².

Hay que recordar, como señala Krajewski (2015) que el problema principal no es el sistema de arbitraje en sí, sistema que tiene una larguísima tradición e innumerables defensores¹, sino el hecho de que el sistema que aquí se discute y al que da cuerpo el convenio del CIADI combina elementos de los mecanismos arbitrales con características de los procedimientos judiciales, al tiempo que integra también características del arbitraje interestatal y del arbitraje comercial con un alcance exorbitado. Así, la ratificación de este Tratado Internacional atribuye de manera permanente al gobierno de la República la posibilidad de velar en el futuro por los intereses de una serie de inversores desconocidos a los que otorgan una protección superior a sus propias empresas nacionales y en un número indeterminado de materias.

² Krajewski, M., *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective*, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, 2015. Disponible en <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/bruessel/11044.pdf>; Eberhardt, P., *Investment Protection at a Crossroads. The TTIP and the Future of International Investment Law*. Friedrich Eber Stiftung, 2014. <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10875.pdf>.

Se aprecia por tanto un evidente cuestionamiento, señalado de manera abundante por la doctrina del derecho a la igualdad establecido de manera amplia en el artículo 11.2 de la Constitución de la República del Ecuador, cuya literalidad es la siguiente:

11.2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

El propio sistema de resolución de disputas inversor-Estado establecido en el Convenio del CIADI implica una discriminación entre inversores extranjeros y nacionales, razón por la cual el sistema es objeto de rechazo constitucional según se indica en el artículo 416.12 ya señalado.

Respecto de la aplicabilidad del artículo 419.5, la propia historia del Ecuador evidencia cómo los convenios bilaterales de inversión y la propia pertenencia al CIADI han comprometido enormemente la vida económica del país. Cabe recordar que, entre 1968 y 2002 el Ecuador suscribió un total de 27 tratados bilaterales de inversión, de un total de 30 negociados³. La gran mayoría de los mismos, 16, se negociaron bajo el gobierno de Sixto Durán Ballén (1992-1996). El informe de la CAITISA⁴, analizó el impacto de estos tratados sobre las arcas del Estado Ecuatoriano y señalando que:

“el Estado Ecuatoriano ha sido demandado por un total de USD 21.223’947.079, en términos de compensación, por la supuesta violación de los TBI (...) Hasta el momento, 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 Chevrón), descontando el pago ordenado a favor del Estado en el caso Ulysseas. Por laudos también condenatorios, pero que se encuentran bajo pedido de anulación por parte del Estado ecuatoriano, se ha determinado el pago de USD \$377’415.988 (casos Brulingthon, Murphy III y Cooper Mesa)”.

El informe también señaló que a estos pagos hay que sumar los gastos en la defensa que ascienden a USD \$155’929.417. En total, Ecuador ha entregado bajo coacción jurídica a las transnacionales mencionadas y a los mecanismos de resolución de

³ Suiza (1969), Uruguay (1985), Egipto (1992), Estados Unidos, Chile y Venezuela (1993); Paraguay, Argentina, China, Gran Bretaña, El Salvador y Francia (1994); Bolivia (1995); Panamá, Alemania, Rumania, Rusia, Canadá y España (1996); Cuba (1997), República Dominicana (1998), Países Bajos y Perú (1999), Nicaragua y Honduras (2002); Suecia, Italia, Finlandia y Costa Rica (2001); Guatemala (2002). Cabe recordar que tres de los acuerdos no entraron en vigor: Panamá, Costa Rica y Rusia. De los restantes, el acuerdo con Egipto, se extinguió el 19 de abril de 1995 por la no renovación de las partes.

⁴ Con el propósito de realizar una auditoría integral con acompañamiento ciudadano de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBI) y del Sistema de Arbitraje Internacional, que examine su legitimidad, legalidad e impacto de aplicación, Ecuador conformó en el año 2013 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 (CAITISA). La CAITISA estuvo conformada por expertos en materia de Inversiones y Derecho Internacional que representan a la Sociedad Civil, y por el Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo; La Secretaria Nacional de Gestión de la Política; El Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República; y, el Ministro de Relaciones Exteriores, como representantes del Estado ecuatoriano. La CAITISA fue creada mediante Decreto Ejecutivo N° 1506 el 6 de mayo de 2013, el precedente utilizado fue la experiencia de la auditoría integral del crédito público realizada entre 2007 y 2008. Sus miembros analizaron el proceso de negociación de los TBI y otros acuerdos de inversión suscritos por el país, así como, la validez y pertinencia de laudos, procedimientos, actuaciones y decisiones emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones, todo en el marco del derecho nacional e internacional. El informe final fue entregado el día 8 de mayo de 2017 y puede encontrarse en <http://www.caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>.

controversias y abogados implicados un total de USD \$1.498'045.386, monto que equivale al 5,8% del Presupuesto General del Estado de 2017.

Por añadidura, debe recordarse que la denuncia del Convenio del CIADI fue aprobada por la Asamblea Nacional, así las cosas, la adecuada interpretación favorable a la más amplia protección de las garantías democráticas y el equilibrio de las funciones del Estado implica la necesidad de incorporar a la Asamblea en la decisión sobre la ratificación de este tratado cuyas consecuencias serán tan fundamentales para la vida del país.

Dejando por tanto clara nuestra postura favorable a la participación obligatoria de la Asamblea, pasamos a recordar la incompatibilidad entre el Convenio del CIADI y el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, esperando que la Corte Constitucional comparta las apreciaciones jurídicas y proteja el bloque de constitucionalidad.

2. Sobre la incompatibilidad entre el Convenio del CIADI y el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador

Como es bien sabido, esta Corte ha mantenido de manera invariable la subsunción del ámbito de las inversiones dentro del ámbito comercial, presupuesto necesario para la aplicación del artículo 422 CE⁵.

La política de comercio e inversión de Ecuador viene enmarcada por un amplio conjunto de disposiciones de la Constitución de la República de 2008, que son fruto de la clara voluntad del poder constituyente de efectuar un giro en la línea seguida por los gobiernos anteriores en relación con la política de atracción de inversiones y relaciones de comercio exterior.

El artículo que aquí nos ocupa, el 422, establece lo siguiente:

Art. 422.- 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. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional

Leído en conjunto con el resto del título VIII, debe aceptarse que la Constitución obliga a mantener la soberanía y primar la satisfacción de las mayorías sociales y la consecución de la realización de los derechos plasmados a lo largo del articulado constitucional frente a cualquier otro objetivo de índole comercial⁶. Así lo recordó de manera constante una amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional que pasamos a recordar:

El 3 de mayo de 2017, la Asamblea Nacional ecuatoriana aprobó la denuncia de 12 Convenios de Protección y Promoción de la inversión, una denuncia que ya contaba con

⁵ La afirmación utilizada por la Corte en distintos dictámenes fue la siguiente: “El presente instrumento se encasilla dentro de las causales contempladas en el artículo 419 de la Constitución de la República y, en la especie, en su numeral 6, ya que compromete al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente con el ámbito comercial, como es la de inversiones.”

⁶ Deben subrayarse las similitudes con el art. 151 de la Constitución de Venezuela y el art. 366 de la Constitución de Bolivia.

un pronunciamiento favorable de la Corte Constitucional. Cumplidos estos dos requisitos, el 16 de mayo de 2017, el Presidente de la República, mediante sendos Decretos Ejecutivos, procedió a denunciar y declarar terminados 16 acuerdos, ordenando la comunicación a las contrapartes⁷.

Se culminaba así una línea de trabajo que comenzó en el año 2008 con el inicio por el ejecutivo del trámite de denuncia de 9 tratados bilaterales de inversión (con República Dominicana, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Uruguay, Paraguay y Rumania)⁸. Este primer proceso de “desenganche” de la arquitectura de la protección de la inversión extranjera comenzó bajo el marco de la Constitución de 1998, la cual exigía únicamente la decisión del ejecutivo para completar el proceso de denuncia.

Posteriormente, en el año 2009, el Ecuador denunció el Convenio de Washington de 1965 que creó el CIADI⁹. Ya vigente la Constitución de Montecristi, en el año 2010, el ejecutivo comenzó el proceso de denuncia de los acuerdos de inversión con Finlandia, Alemania, Gran Bretaña, Francia, Suecia, Países Bajos, Venezuela, China, Chile, Suiza, Canadá, Estados Unidos, Argentina, Bolivia, Perú, España e Italia¹⁰. La denuncia se fundamentó en el artículo 422 de la Constitución. Antes de que se culminara este proceso de denuncia, Ecuador había sido demandado en 26 procesos arbitrales, en los que se había utilizado el TBI con EEUU hasta en 16 ocasiones, seguido por el TBI con Canadá, España, Francia, Bolivia y Argentina.

El Presidente de la República solicitó el pronunciamiento de la Corte Constitucional para iniciar el procedimiento de denuncia. Los dictámenes de la Corte fueron publicados en su mayoría en el año 2010¹¹, pero algunos se demoraron hasta el 2013¹² y el 2014¹³.

La totalidad de los dictámenes siguió una línea general conjunta, analizando la constitucionalidad en los mecanismos de arbitraje obligatorio para la solución de controversias, incorporados en estos acuerdos, a la luz del artículo 422 de la Constitución.

Cabe recordar que este artículo prohíbe la cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, *entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*, lo cual, evidentemente, se refiera al arbitraje inversor-Estado, entendiendo los conflictos relativos a la inversión dentro del concepto de controversia contractual o comercial.

Como punto de partida respecto de las posibilidades de interpretación del mencionado artículo, cabe atender a la voluntad del constituyente. La misma se plasmó con claridad

⁷ Decretos ejecutivos del 1399 al 1414, suscritos el 16 de mayo de 2017.

⁸ Debe recordarse que la totalidad de estos acuerdos tienen una cláusula de supervivencia de 10 años, incluida para la protección de los inversores en caso de denuncia.

⁹ Esta denuncia se materializó mediante Decreto Ejecutivo 1823, de 2 de julio de 2009 del presidente de la República, Rafael Correa y notificación del entonces canciller, Fander Falconí, al Banco Mundial. La denuncia tuvo efecto desde el 7 de enero de 2010. Según el informe de la CAITISA, la adhesión del Ecuador al CIADI presentó una serie de irregularidades jurídicas que se sumaban a la vinculación del entonces canciller, Edgar Terán, con diversas empresas que demandaron posteriormente al Ecuador utilizando el CIADI (Vid. Informe CAITISA, p. 29 y 30).

¹⁰ La cláusula de supervivencia de estos acuerdos oscila entre los 10 y los 15 años.

¹¹ En el año 2010 se publicaron los dictámenes de la Corte Constitucional respecto de los convenios con: Gran Bretaña, Alemania, Finlandia, Canadá, Suecia, Países Bajos, Francia, Suiza, EEUU, Chile, Venezuela y China.

¹² En el año 2013 se publicaron los dictámenes respecto de los convenios con: España, Perú, Argentina e Italia.

¹³ En el año 2014 se publicó el dictamen respecto del convenio con Bolivia.

en los debates constituyentes y puede reconocerse atendiendo a las actas: se pretendía evitar futuras demandas de inversores extranjeros al Ecuador¹⁴.

Teniendo por tanto como punto de inicio del análisis la voluntad cierta del poder constituyente cabe atender a la interpretación que de este artículo ha realizado la Corte Constitucional. El análisis, forzosamente breve, de los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre los acuerdos de inversión va a dividirse en tres apartados: en primer lugar se analizará la aproximación que realiza la Corte respecto de los distintos tipos de arbitraje y su control de constitucionalidad, incluyendo el alcance de la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en cada dictamen; en segundo lugar se atenderá al contenido del artículo 422 y su desarrollo por la Corte en estos pronunciamientos y por último se analizará la interpretación del cambio en la política económica y comercial del Ecuador, que la Corte atribuye a la nueva realidad constitucional y que da sentido de conjunto a la denuncia de estos tratados.

Antes de comenzar con este análisis, es importante señalar que la Corte mantuvo de manera invariable la subsunción del ámbito de las inversiones dentro del ámbito comercial, presupuesto necesario para la aplicación del artículo 422 CE¹⁵.

Más allá de esta cuestión general, la primera cuestión que va a ser atendida se refiere, por tanto, al objeto de control constitucional y al alcance de la declaración de inconstitucionalidad. Como comentario inicial, debe subrayarse que la Corte realiza, en una mayoría de los dictámenes analizados, una interpretación conjunta de todos los mecanismos de resolución de controversias que se incluyen en los acuerdos de promoción y protección de la inversión. Así, y con excepciones, la Corte no aborda una distinción entre los mecanismos de resolución de controversias Estado-Estado y los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado (los clásicos ISDS), aplicando un análisis conjunto de su (in)constitucionalidad a la luz del artículo 422 CE.

En el Dictamen respecto del Convenio con Suecia¹⁶, la Corte entró en la valoración de la inconstitucionalidad artículo por artículo, considerando inconstitucionales los artículos 8 y 9 que contenían los dos mecanismos de resolución de controversias antes señalados (inversor-Estado y Estado-Estado, respectivamente), por contraponerse con lo dispuesto en el art. 422 de la Constitución.

En un sentido similar, considerando inconstitucionales los artículos relativos a los dos tipos de mecanismos de arbitraje previstos, se pronunció la Corte al analizar el Convenio con Gran Bretaña¹⁷. De hecho, en este Dictamen, únicamente realiza un control material de los artículos 8 y 9, relativos a estos mecanismos, apreciándose una clara confusión de

¹⁴ Así se deriva, por ejemplo, de la intervención de la Asambleísta Alexandra Ocles el 22 de abril de 2008, que afirmó que “En el artículo 8, queremos hacer una mención especial, y es que el espíritu de este artículo es rechazar el arbitraje que se presenta entre el Estado y las personas de derecho privado, como compañías, corporaciones, transnacionales, etcétera, para controversias derivadas de relaciones contractuales...” (Vid. Acta Número 038 de 22 de abril, página 132).

¹⁵ La afirmación utilizada por la Corte en distintos dictámenes fue la siguiente: “El presente instrumento se encasilla dentro de las causales contempladas en el artículo 419 de la Constitución de la República y, en la especie, en su numeral 6, ya que compromete al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente con el ámbito comercial, como es la de inversiones.”

¹⁶ DICTAMEN No. 029-10-DTI-CC CASO No. 002-10-TI. Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010.

¹⁷ DICTAMEN No. 020-10-DTI-CC. CASO No. 0008-10-TI. Registro Oficial Suplemento 249 de 03-ago.-2010.

ambos tipos de situaciones, que se contemplan de manera unificada¹⁸. Idéntico razonamiento conjunto, incluso indistinto, respecto de la inconstitucionalidad de los dos mecanismos se contiene en el dictamen del Acuerdo con Alemania¹⁹, Estados Unidos²⁰, Países Bajos²¹, Francia²², Venezuela²³.

En el Acuerdo con Suiza²⁴, solo se indica la inconstitucionalidad del mecanismo de arbitraje Estado-Estado, porque tal acuerdo no contenía un ISDS (mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado). Cabe resaltar de nuevo que, según reza la literalidad del artículo 422 CE, “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*”. Teniendo en cuenta esta última frase, no se comprende el sentido del razonamiento de la Corte, particularmente cuando no hay arbitraje de inversiones propiamente dicho en el acuerdo analizado.

En cambio, en otras ocasiones, la Corte hizo una adecuada diferenciación, señalando la inconstitucionalidad de un solo artículo, el relativo al mecanismo de arbitraje para la resolución de controversias inversor-Estado, como fue el caso del acuerdo con

¹⁸ El siguiente párrafo del dictamen ejemplifica esta confusión: “En el presente caso, el contenido de los artículos 8 y 9 del Convenio entre Ecuador y el Reino Unido de Gran Bretaña para el Fomento y Protección de Inversiones, somete al Ecuador a un tribunal arbitral ad-hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad del Reino Unido de Gran Bretaña, lo que implica renunciar a la "Jurisdicción del Estado", considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial, y que se refiere a la administración de justicia por tribunales del Estado”. Aun siendo adecuada la conclusión, habría sido conveniente un mayor rigor al analizar y diferenciar ambos mecanismos.

¹⁹ DICTAMEN No. 023-10-DTI-CC. CASO No. 0006-10-TI. Registro Oficial Suplemento 249 de 03-ago.-2010.

²⁰ DICTAMEN N. 043-10-DTI-CC. CASO N. 0013-10-TI. Registro Oficial Suplemento 359 de 10-ene.-2011.

²¹ DICTAMEN No. 030-10-DTI-CC. CASO N0005-10-TI. Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010.

²² DICTAMEN No. 031-10-DTI-CC. CASO No. 0007-10-TI. Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010. La confusión en este caso es patente, puesto que, aun cuando el art. 9 del acuerdo se refiere al mecanismo inversor-Estado y el 12 al mecanismo Estado-Estado, la Corte señala que: “Del estudio y análisis realizado por esta Corte a las disposiciones establecidas en el Convenio Internacional, se desprende que los artículos 9, 11 y 12 que versan sobre la solución de divergencias entre un nacional o compañía de cualquiera de las Partes Contratantes respecto de las inversiones, tienen una orientación que compromete y someten jurisdiccionalmente al Estado ecuatoriano a tribunales arbitrales, a efectos de solucionar las controversias que surjan del mentado Convenio Internacional, el cual, conforme ha quedado determinado mediante informe aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria del 25 de marzo del 2010, y que al referirse al tema de inversiones, consta dentro de los instrumentos internacionales de índole comercial, por lo que se requiere del procedimiento de aprobación previa del legislativo, anterior al proceso de denuncia”.

²³ DICTAMEN No. 041-10-DTI-CC. CASO No. 0011-10-TI. Registro Oficial Suplemento 342 de 16-dic.-2010.

²⁴ DICTAMEN No. 040-10-DTI-CC. CASO No. 0012-10-TI Registro Oficial Suplemento 331 de 30-nov.-2010.

Finlandia²⁵, Canadá²⁶, Italia²⁷, España²⁸ o Perú²⁹. Es interesante el razonamiento en el caso del Acuerdo con Perú:

“En el presente caso, el contenido del artículo 9 numeral 3 del Convenio, puesto en conocimiento de esta Corte, somete al Ecuador a un Tribunal Arbitral ad hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad de la República del Perú, lo que implica renunciar a la "Jurisdicción del Estado", considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial y que se refiere a la administración de justicia por tribunales del Estado; por tanto, la citada norma del Convenio objeto de análisis contraviene lo preceptuado en el primer inciso del artículo 422 del texto constitucional, por lo que es procedente su denuncia”

En cuanto al alcance del fallo, en algunos dictámenes, como ocurre en el caso de Suecia, la Corte considera inconstitucionales dos artículos (los relativos a los mecanismos de solución de controversias); en otros, la Corte considera inconstitucionales estos mecanismos y amplía esta consideración a todo el acuerdo, como ocurre en el caso de Gran Bretaña, Italia o España; en el caso del Acuerdo con Suiza, la conclusión del dictamen ni siquiera identifica los artículos que se consideran contrarios a la Constitución, que a lo largo del razonamiento parecían centrarse en el mecanismo de arbitraje Estado-Estado, sino que se indica que

“las disposiciones contenidas en el acuerdo analizado son claramente contrarias a la Constitución de la República por lo que se hace evidente la necesidad de que se prosiga con su denuncia, por cuanto se está cediendo una competencia propia del orden jurídico interno del Estado ecuatoriano a instancias internacionales de resolución de conflictos, que no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 422 de la máxima norma jurídica del Ecuador”.

Sin embargo, en otros casos, como en el dictamen del acuerdo con Alemania³⁰, la Corte ha especificado el ámbito de la inconstitucionalidad, señalando que, dado que únicamente son inconstitucionales estos mecanismos de arbitraje

“no es menester denunciar todo el tratado internacional, sino exclusivamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional, previniendo al órgano legislativo que dentro de aquel instrumento internacional es importante establecer los mecanismos de solución de las diferencias, mismos que deben establecerse de común acuerdo de las partes contratantes, pero respetando los preceptos constitucionales”.

²⁵ DICTAMEN No. 026-10-DTI-CC. CASO No. 0001-10-TI. Registro Oficial Suplemento 258 de 17-ago.-2010. Además, en este caso la Corte señaló que: “Dado que no todos los artículos del instrumento internacional están en contradicción con el texto constitucional, esta Corte considera que no es menester denunciar todo el tratado internacional, sino exclusivamente aquel artículo que no guarda armonía con el texto constitucional, previniendo al órgano legislativo que dentro de aquel instrumento internacional es importantísimo determinar los mecanismos de solución de las diferencias, los mismos que deben establecerse de común acuerdo de las partes contratantes, pero respetando los preceptos constitucionales”

²⁶ DICTAMEN No. 035-10-DTI-CC. CASO No. 0003-10-TI. Registro Oficial Suplemento 313 de 04-nov.-2010

²⁷ DICTAMEN No. 022-13-DTI-CC. CASO No. 0015-13-TI. Registro Oficial Suplemento 64 de 22-ago.-2013.

²⁸ DICTAMEN No. 010-13-DTI-CC. CASO No.0010-11-TI. Registro Oficial Suplemento 956 de 17-may.-2013.

²⁹ DICTAMEN No. 032-13-DTI-CC. CASO No. 0016-13-TI. Registro Oficial Suplemento 154 de 03-ene.-2014.

³⁰ DICTAMEN No. 023-10-DTI-CC. CASO No. 0006-10-TI. Registro Oficial Suplemento 249 de 03-ago.-2010.

El mismo párrafo se encuentra en el dictamen sobre el Acuerdo con Estados Unidos, con los Países Bajos, Francia, Venezuela, Perú.

Dejando de lado la cuestión del mecanismo concreto considerado inconstitucional, es interesante atender al desarrollo del contenido del artículo 422, fundamental para establecer los límites actuales que la Corte Constitucional no debería sobrepasar.

En el Dictamen sobre el acuerdo con Bolivia la Corte manifestó que del citado artículo se infieren dos aspectos:

“1) La ratificación de que el arbitraje es una institución reconocida por el derecho internacional público, al cual el Ecuador reconoce como norma de conducta para desenvolverse en el concierto internacional de naciones en determinados asuntos.

2) La expresa prohibición de celebrar convenios o tratados internacionales en los que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias relativas a asuntos contractuales o comerciales con personas naturales o jurídicas privadas”

Tras esta afirmación, la Corte consideró que:

“someten al Ecuador a un Tribunal Arbitral ad-hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad de la República Boliviana, lo que implica renunciar a la "Jurisdicción del Estado", considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial y que se refiere a la administración de justicia por Tribunales del Estado”³¹

En una línea similar, en el Dictamen respecto del acuerdo con Suecia, la Corte señaló que:

“Vale enfatizar que el artículo 422 de la Constitución de la República es concluyente al determinar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, que inclusive vulneraría el principio de supremacía constitucional respecto a que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República, más aún respecto al efecto obligatorio que otorga este Acuerdo Internacional a cualquier laudo arbitral. Es preciso anotar que conforme a los criterios de la corriente constitucionalista nada está exento del control de constitucionalidad de allí que no se puede permitir la creación de tribunales ad hoc para la solución de controversias que se suscitaren del presente Acuerdo, aquello iría en contra no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República y a su norma establecida en el artículo 424 constitucional.

Y, respecto de la excepción contenida en el artículo 422 CE, en este mismo Dictamen relativo a Suecia, la Corte concluyó que:

³¹ La Corte incluyó ese mismo razonamiento en distintos dictámenes, en concreto en el relativo al acuerdo con EEUU afirmó que: “Al respecto, la norma constitucional es muy clara al señalar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, lo que, en concordancia con lo expresado en el análisis de ambos artículos, atentaría en contra del principio de supremacía constitucional, en el sentido de que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República. En aquel sentido, mantener este mecanismo de solución de conflictos, atentaría el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales”.

Cabe indicar que el artículo 422 de la Constitución de la República establece excepciones respecto a la celebración de tratados o instrumentos internacionales cuando se "(...) establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia ": lo cual tiene conexión con lo dispuesto en el artículo 423 ibídem, que proclama la integración del Ecuador y Latinoamérica, particularmente en los numerales 1 y 7 que propenden a impulsar la integración económica y el comercio regional, y a favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional, tendientes a lograr la integración regional. Del estudio y análisis realizado se determina que a través de esta disposición del Acuerdo, no se consagra que éste se dirija a obtener un proceso de integración regional, sino que se trata de un instrumento internacional que compromete a los estados, particulares y sociedades de la República del Ecuador y del Gobierno del Reino de Suecia, básicamente en lo relacionado con las inversiones, razón por la cual, no tiene asidero en la excepción establecida en la antes referida norma constitucional"³².

En último lugar, es interesante señalar algunos pronunciamientos en los que la Corte explicita el giro que la nueva constitución supuso para la política económica y comercial del país, justificando así la necesidad de la revisión de los compromisos internacionales del Ecuador. Así, en el dictamen sobre el acuerdo con Gran Bretaña, la Corte señaló que:

“A partir del 20 de octubre del 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República; se inscribe en el ámbito de la corriente constitucionalista latinoamericana que define al Estado como Constitucional de derechos y justicia, estructurado ya no para servir intereses económicos hegemónicos, sino priorizando un eje social que tiene como su vértice al ser humano mirado desde su diversidad, y vulnerabilidad. Deja atrás una concepción del Estado que se definía como social de mercado, impartía políticas neoliberales en las que se imponían reglas como la libre competencia, la pérdida de autodeterminación en el manejo de los recursos y la cesión de soberanía en el manejo de mecanismos alternativos de solución de conflictos. En consecuencia, han cambiado sustancialmente las circunstancias que si bien hicieron posible hace 16 años la suscripción del Convenio materia de estudio (...)”.³³

En una línea similar, en el dictamen respecto del Acuerdo con Canadá³⁴, la Corte afirmó que:

“... la realidad nacional ha tomado otros rumbos en el ámbito jurídico, político y económico, en razón de que ha adoptado un nuevo modelo constitucional e institucional, lo que exige de manera inmediata la actualización de sus compromisos internacionales de naturaleza preconstitucional, analizarlos y armonizarlos a la luz de la realidad jurídica contemporánea y el mandato constitucional, a fin de integrar las normas jurídicas nacidas de los convenios internacionales con aquellas que forman parte del ordenamiento jurídico

³² Interpretando la excepción en un sentido similar, en el Dictamen sobre el Acuerdo con Chile la Corte señaló que: “Como podemos observar, esta norma prohíbe expresamente la celebración de tratados o instrumentos internacionales en los que se ceda la jurisdicción a instancias internacionales, no define evidentemente qué tipo de instancias internacionales, por lo que se colige que son a todas las instancias que no pertenecen a iniciativas regionales, o que por su parte integren los tribunales arbitrales con jueces de los Estados que, como tales o sus nacionales, sean parte de la controversia, lo que se encuentra señalado en el referido artículo en su inciso segundo, lo cual está evidentemente en contra de las actuales disposiciones constitucionales”.

³³ Es importante señalar que, como se desgrana en el informe CAITISA, los acuerdos se suscribieron desconociendo las normas que regían en el momento de su negociación y adopción, lo cual no es mencionado por la Corte.

³⁴ DICTAMEN No. 035-10-DTI-CC. CASO No. 0003-10-TI. Registro Oficial Suplemento 313 de 04-nov.-2010

interno, bajo el principio de que la regulación interna es competencia exclusiva de cada uno de los Estados”.

Un razonamiento similar puede encontrarse en los dictámenes respecto de los acuerdos con España e Italia. En el Dictamen respecto del acuerdo con Argentina, la Corte remarcó que:

“El cambio de la estructura política y jurídica de la sociedad ecuatoriana, expresada en la nueva Constitución, plantea nuevos escenarios en los ámbitos interno y externo. Las políticas públicas de nuestro país plantean un nuevo modelo de desarrollo, en el marco de un claro ejercicio de la soberanía nacional de nuestro Estado. El artículo 276 de la Constitución señala: "El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: (. . .) 5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial” (...) “Es política del Estado ecuatoriano vincularse con los otros Estados del mundo, en virtud del respeto mutuo e identificando áreas donde la relación política, económica, cultural y de otros órdenes se construya y consolide; principalmente de los ordenamientos jurídicos internos que se sustentan en la capacidad política y jurídica de los estados de auto gobernarse a través de sus instituciones políticas”

En las resoluciones sobre los acuerdos con Perú, China³⁵ o Chile³⁶ se menciona expresamente el nuevo modelo de constitucionalidad.

Como conclusión de este apartado, es importante recordar que Ecuador no ha sido, ni mucho menos, el único país en terminar sus TBI en la última década, al contrario, Sudáfrica, Indonesia, Bolivia o India han concluido procesos similares.

Las anteriores apreciaciones evidencian la incompatibilidad entre el Convenio del CIADI (y de cualquier tratado bilateral de inversión que integre sistemas de ISDS) y el artículo 422 de la Constitución de la República.

A modo de cierre de este amicus, se incluye una reflexión general que aspira a servir de apoyo respetuoso a los trabajos de esta Corte Constitucional.

Es tarea y obligación de la Corte realizar una interpretación de la Constitución como máximo intérprete de las mismas, pero siempre y en todo caso bajo el mandato férreo del artículo 424 de la Constitución, es decir, sometida a la misma. En este sentido, la Corte no es libre sino que está sujeta a la voluntad del Poder Constituyente, expresada en el *conjunto* del texto constitucional y a las normas fundamentales de interpretación jurídica así como a su propia jurisprudencia.

Así las cosas, los límites al caso concreto se derivan de varios factores, señalados en las páginas anteriores. En primer lugar de la propia voluntad del Poder Constituyente, expresada en las actas de la Asamblea de Montecristi. En segundo lugar de la propia dicción del 422, que es meridianamente clara en lo que concierne a la prohibición de cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional. En tercer lugar, la posible interpretación debe realizarse a la luz del conjunto de artículos de la Constitución y de la orientación sistémica de la política de comercio e inversión que la misma enmarca. En cuarto lugar, la Corte debe tener muy presente su propia jurisprudencia, que podría modificarse previa justificación y, atendiendo a las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales de derechos humanos, nunca en sentido regresivo.

³⁵DICTAMEN No. 027-10-DTI-CC. CASO No. 0004-10-TI Registro Oficial de 17 de agosto de 2010.

³⁶ DICTAMEN No. 038-10-DTI-CC. CASO N°. 0010-10-TI.

En base a todo lo anterior, el presente Amicus sugiere respetuosamente mantener la línea jurisprudencial anterior, respetando la voluntad del Poder Constituyente y la integridad de conjunto del texto constitucional así como la propia dicción del artículo 422.

En este sentido se considera totalmente imprescindible rechazar interpretaciones restrictivas del ámbito objetivo del artículo 422, en concreto aquellas tendentes a proponer una ficticia separación entre los conceptos de comercio y de inversión. Nótese que toda controversia de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas se refiere estas personas en su calidad de inversores, ya sea en el ámbito público o privado. Esta y no otra debe ser la interpretación del alcance del ámbito objetivo del artículo 422 de la Constitución.

Por ello planteo la siguiente

VI. SOLICITUD

Conforme lo establece el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicito:

Se acoja el presente razonamiento técnico jurídico en calidad de *Amicus Curiae*.

VII. NOTIFICACIONES

Notificaciones que me correspondan las recibiré en el siguiente correo electrónico: guaman@uv.es

Atentamente,

Dra. Adoración Guamán Hernández



¹ Una abrumadora mayoría de artículos dedicados a analizar estos mecanismos de solución de controversias se muestran absolutamente partidarios de estos sistemas. Es habitual leer frases como la siguiente: «el arbitraje internacional se ha convertido en la única opción razonable para la resolución de discrepancias interempresariales que trascienden las fronteras» (Arias, 2013). El autor (a la sazón árbitro internacional) justifica esta afirmación en dos razones fundamentales, ampliamente compartidas por otros muchos

analistas: por una parte, ninguna empresa suele estar dispuesta a litigar en el país de su contraria y no resulta lógico acudir a los tribunales de un tercer Estado; por otra, el laudo arbitral tiene más eficacia internacionalmente que una sentencia jurisdiccional. El cumplimiento de las sentencias arbitrales viene reconocido y asegurado por el Convenio de Nueva York de 1958 (ratificado por España en 1977) sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Además, existen numerosos convenios bilaterales entre Estados sobre reconocimiento de laudos.